

SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES (SSE/THC-2) - LEGAL OU ILEGAL? E DO NÃO JULGAMENTO DO MÉRITO PELO STJ NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.774.301/SP

Priscila Maria Alves

O presente artigo tem por finalidade trazer um resumo do histórico da THC-2(SSE) – serviço de segregação e entrega de contêiners/ Terminal Handling Charge 2 – desde a aprovação dessa cobrança pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq, passando pela decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU que decidiu que a referida cobrança constituiria infração à ordem econômica, até a recente decisão no Superior Tribunal de Justiça, que a despeito de não ter decidido o mérito da controvérsia, manteve decisão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região - TRF3 pela legalidade da cobrança.

Pois bem, como é de conhecimento dos estudiosos e atuantes no meio marítimo, a Terminal Handling Charge- THC é a despesa de manuseio e movimentação dos contêiners no terminal portuário.

E, no passar dos anos, o entendimento das empresas que operam com as movimentações de contêiners foi se alterando, restando entendido que o THC somente cobria as despesas com as movimentações das cargas do navio até a colação em pilha do terminal portuário, sendo assim, os importadores que desejassem movimentar a carga para recinto alfandegado/operador retroportuário (fora do Porto) deveriam pagar a THC2 (SSE).

Então, em resumo, antes de adentrarmos no tema em si, para contextualizá-lo, cumpre-se apresentar os três (3) conceitos, segundo a Resolução Antaq 2.389/2012 e suas substitutas 34/2019 e, posteriormente, a 72/2022:

- (i)** Box Rate (cesta de serviços) – na exportação, preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação; na importação, o preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário (caso o contrato não disponha de outra forma) (movimentação vertical e horizontal das mercadorias). O pagamento é feito pelo armador ao terminal portuário e seu valor é fixado de forma assimétrica, uma vez que os armadores possuem um maior poder de negociação;
- (ii)** THC (Terminal Handling Charge), parte do box rate (movimentação horizontal):na importação, os serviços de movimentação de mercadoria entre o costado do navio e a pilha no pátio do terminal; na exportação, os serviços seriam entre o portão do terminal até o costado do navio;

(iii) THC-2 ou Serviço de Segregação e Entrega (SSE) – preço cobrado pelos terminais portuários aos recintos alfandegados, apenas na importação, para a movimentação de mercadorias da pilha localizada no pátio do terminal até o portão de saída, para entrega da mercadoria aos recintos alfandegados (preposto do importador). A taxa somente é cobrada quando o desembaraço alfandegário é feito fora do terminal portuário.

Nesse sentido, a cobrança foi, inicialmente, autorizada através da Antaq, que permitiu a possibilidade da cobrança de valores adicionais ao THC, os THC-2, na importação, pela movimentação de mercadoria entre a “pilha do pátio ao portão do terminal”, ante ao entendimento de que existiriam custos adicionais nesse trajeto não cobertos pela THC. Nesse sentido, legitimou-se, portanto, a cobrança da THC-2 (SSE), de acordo com os incisos VI e VII do art. 2º e os arts. 3º, 5º e 9º da Resolução 2.389/2012.

Nesse sentido, duramente criticada pelo Tribunal de Contas da União -TCU, a norma da Antaq foi submetida à revisão. E, em que pese as manifestações do mercado, do TCU, e do próprio Ministério da Economia, sobreveio a Resolução Normativa n º 34/2019, que novamente autorizou a cobrança da THC-2.

A despeito disso, a cobrança foi novamente questionada pelo Tribunal de Contas da União, através do Acórdão TCU nº 1448/2022, prolatado pelo Plenário, por meio do qual se entendeu, em síntese, que a cobrança da SSE/THC2 constituiria infração à ordem econômica. Para tanto, veja-se as razões expostas pelo Min. Relator Vital do Rêgo:

“Os fatos demonstram que a parcela SSE sempre existiu e está incluída na THC. O nome THC-2 decorre exatamente da analogia de possibilidade da cobrança em duplicidade de algo já pago pelo dono da carga via armador (THC) quando é o concorrente do terminal que busca a carga para armazenar.

(...)

No caso do pagamento de SSE aos terminais pelos RAI é bem diferente, estes recintos secos sequer podem escolher em qual terminal irão buscar a carga do importador, porquanto quem decide onde o navio vai atracar nem é o dono da carga, quem escolhe o operador portuário é o armador. Ou seja, o “equilíbrio” do mercado concorrencial sequer consegue se efetivar, dado que o recinto alfandegado independente não tem como recorrer a outro “fornecedor”.

(...)

Por tudo o que foi descrito, está claro que os terminais molhados estão em posição dominante em relação aos recintos alfandegados secos.

(...)

Nesse contexto aqui descrito, assinalo que a cobrança da SSE dos recintos alfandegados independentes pelos operadores portuários constitui infração da ordem econômica ao menos pelos seguintes motivos: (1) o recinto seco é concorrente direto do recinto molhado; (2) o recinto molhado recebe pela movimentação horizontal da carga mediante tarifa denominada THC em contrato firmado com o armador; (3) caso o terminal não seja escolhido pelo dono da carga para nacionalizar a mercadoria, ele a entrega ao recinto seco mediante cobrança de SSE; caso seja escolhido, não há SSE; (4) a SSE é uma taxa cobrada por um serviço que existe tanto na importação quanto na exportação, mas somente tem custos devidos quando as cargas chegam ao país; (5) o dono da carga e o recinto seco não podem escolher o operador portuário e ficam à mercê das tarifas cobradas por estes terminais; (6) a SSE resulta na imposição de custo artificial de um concorrente dominante para seu rival.

(...)

Esse mesmo estudo me levou a concluir que, a despeito de qualquer análise de impacto regulatório que venha a ser realizada, o resultado será sempre o mesmo: **a cobrança da SSE não é legítima na medida em que obstaculiza a competitividade do serviço de armazenagem da operação portuária de importação e acarreta infração à ordem econômica.**

(...)

Para finalizar, ressalto que os elementos expostos nos presentes autos permitem concluir **que não há respaldo legal para opção regulatória que instituiu a cobrança do THC2.** Conforme demonstrado, embora não haja nenhuma relação contratual entre o terminal portuário e o recinto alfandegado, o primeiro consegue impor ao segundo pagamento de um valor referente à THC2 de maneira cogente, sem que haja qualquer interesse público associado.

Diante do exposto, pelas razões já fundamentadas, proponho determinar à Antaq que 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 art. 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, art. 4º, inciso I, da Lei 13.3847/2019, bem como o art. 20, inciso II, alínea “b” e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001”

A despeito do entendimento do Tribunal de Contas da União pela impossibilidade da cobrança da SSE, o que, inclusive, acarretou proposta de determinação à Antaq que anulasse todos os dispositivos da Resolução 72/2022, **em 11.04.2023 o Superior Tribunal de Justiça analisou a questão, por meio do Resp nº 1.774.301, mantendo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região pela legalidade da cobrança**, confirmando que “*sendo a segregação e movimentação de contêineres prevista dentro do contrato de arrendamento como serviço básico de movimentação (horizontal), deve ser cobrada a THC-2 (SSE) daqueles que dele se beneficiam, sob pena de sufragar-se o enriquecimento sem causa*”. veja-se ementa do acórdão:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL DO CADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NORMA INFRALEGAL. ANÁLISE. NÃO CABIMENTO NA SENDA DO ESPECIAL APELO. MODIFICAÇÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Nos termos da sedimentada jurisprudência deste Superior Tribunal, tendo a instância de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, tal como se verifica no caso em exame, não há falar em negativa de prestação jurisdicional. 2. Desde que decida a matéria questionada com fundamentação suficiente para lhe amparar a conclusão, desonera-se o Tribunal de examinar todos os artigos de lei invocados no recurso, tornando-se, nessa medida, dispensável a análise dos dispositivos que, embora para a parte pareçam significativos, para o julgador restaram superados pelas razões de decidir. 3. A matéria amparada nos dispositivos legais apontados nas razões do especial não foi objeto da apelação interposta na origem, não tendo sido, portanto, devolvida a questão à segunda instância. Trata-se, em verdade, de inovação recursal promovida nos aclaratórios opostos após a manutenção da sentença pelo Tribunal a quo. Dessarte, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula 211/STJ. 4. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, a fim de se aferir a ocorrência de infração à ordem econômica na espécie, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório existente nos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Nessa mesma linha de compreensão: AgRg no AREsp 635.762/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/3/2015, DJe 6/4/2015. 5. A Corte regional solucionou a contenda relativa à competência do CADE por meio de valoração da Resolução ANTAQ n. 2.389/2012, sendo certo que, no ponto, o exame da insurgência não prescinde da análise da referida norma infralegal, cujo intento não se afigura cabível no vinculado âmbito do apelo nobre, a teor do art. 105, III, a, da CF. Nesse sentido, em caso análogo ao presente: AgInt no AREsp 1.537.395/DF, Rel.

Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/9/2022, DJe 8/9/2022. 6. Recurso especial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (...) 6. Recurso especial de Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda. parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.”

Frise-se que, em que pese a manutenção do entendimento do TRF3, o STJ não apreciou o mérito da controvérsia, conforme é possível se extrair da ementa acima, eis que a matéria, em resumo, encontrou óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

Nesse sentido, não é perfeitamente correto dizer que o STJ teria decidido pela legalidade da cobrança, eis que nunca ocorreu análise do mérito, por certo. Contudo, o STJ, ao aplicar a Súmula 7 do Tribunal, manteve-se a decisão do TRF3 por meio da qual reconheceu-se a validade da cobrança.

CONCLUSÃO

Como exposto, o normativo da Antaq permite a possibilidade da cobrança de valores adicionais ao THC, que foram apelidados de THC-2, na importação, pela movimentação de mercadoria entre a “pilha do pátio ao portão do terminal”, ante ao entendimento de que existiriam custos adicionais nesse trajeto não cobertos pela THC. Em consequência, legitimou-se, portanto, a cobrança da THC-2 (SSE).

Em que pese isto, o Plenário do Tribunal de Contas da União, através do Acórdão TCU nº 1448/2022, entendeu, em síntese, que a cobrança da SSE/THC2 constituiria infração à ordem econômica, o que, inclusive, acarretou proposta de determinação à Antaq que anulasse todos os dispositivos da Resolução 72/2022.

Ademais, em 11.04.2023 o Superior Tribunal de Justiça analisou a questão, por meio do Resp nº 1.774.301, mantendo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região pela legalidade da cobrança, confirmando que “*sendo a segregação e movimentação de contêineres prevista dentro do contrato de arrendamento como serviço básico de movimentação (horizontal), deve ser cobrada a THC-2 (SSE) daqueles que dele se beneficiam, sob pena de sufragar-se o enriquecimento sem causa*”.

Frise-se que, em que pese a manutenção do entendimento do TRF3, o STJ não apreciou o mérito da controvérsia, eis que a matéria encontrou óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

Nesse sentido, é equivocado dizer que o STJ teria decidido pela legalidade da cobrança, eis que nunca ocorreu análise do mérito. Contudo, manteve-se a decisão do TRF3 por meio da qual reconheceu-se a validade da cobrança.

Por fim, em que pese o cenário estar mais para a legalidade da cobrança por conta da manutenção da decisão do TRF3, pelo STJ, é certo que a estrita legalidade da cobrança ainda não é uma certeza, sendo certo que o mérito da matéria ainda deverá ser explorado, fielmente, pelas Cortes Superiores.

Priscila Maria Alves é Coordenadora de Jurídico de empresa do ramo portuário, advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro -PUC RIO, Pós Graduanda em Direito Marítimo e Portuário pela MLAW-ACADEMY e Membro da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da OAB/RJ.