

## **CONFLITO DE COMPETÊNCIAS: A COBRANÇA DO SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA OU TERMINAL *HANDLING CHARGE 2* PODE SER CONSIDERADA UMA INFRAÇÃO CONCORRENCIAL?**

### **CONFLICT OF COMPETENCES: THE CHARGE OF THE SEGREGATION AND IMMEDIATE DELIVERY SERVICE OR AS TERMINAL HANDLING CHARGE 2 MAY BE CONSIDERED AN ANTITRUST INFRINGEMENT**

Catharina Araújo Sá<sup>1</sup>  
Flávio Iglesias Pessuto<sup>2</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. Direito Concorrencial e Regulação; 2. Concorrência em Mercados Regulados; 3. Serviço de Segregação e Entrega (SSE) ou Terminal Handling Charge 2 (THC2); 4. Atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários no que tange ao SSE/THC2; 5. Recentes discussões sobre SSE OU THC2; 5.1. Decisões do Cade; 5.2. Decisões da Antaq; 5.3. Decisões do Judiciário; 5.4. Memorando de Entendimentos nº 01/2021 entre Antaq e Cade; Conclusão.

## **RESUMO**

O presente estudo aborda o conflito de competências entre a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no âmbito da discussão da legalidade da cobrança referente ao serviço de segregação e entrega (SSE), também chamado de *terminal handling charge 2* (THC2), pelos operadores portuários. O estudo analisou legislações, decisões administrativas e judiciais desde a vigência da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq a 17 de junho de 2021, data em que foi assinado o Memorando de Entendimentos nº 01/2021, firmado entre o Cade e a Antaq. Propõe-se identificar possíveis conflitos entre a atuação das autarquias federais independentes sobre um mesmo tema, debatendo sobre os fatores que contribuem para a divergência entre as autarquias federais. Concluiu-se que a falta de metodologia para verificação de conduta irregular e ilícita pode constituir um fator central nas ações com vistas a mitigar os litígios que surgem em decorrência da cobrança dos valores à título do SSE/THC2.

**Palavras-chave:** Serviço de Segregação e Entrega; THC2; Antaq; Cade; litígios.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília e bacharelada em Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

<sup>2</sup> Especialista em Administração Pública e Gerência de Cidades pela Uninter. Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília. Bacharelado em Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

## **ABSTRACT**

This essay aims at studying the conflict of competences between the National Agency of Waterway Transportation (Antaq) and the Administrative Council for Economic Defense (Cade) within the scope of the discussion of the legality of the charge for the segregation and immediate delivery services (SSE), also known as terminal handling charge 2 (THC2), by the port operators. The essay examined laws, administrative and judicial orders from the initial term of the Resolution No. 34/2019-Antaq until June 17th 2021, when the Administrative Council for Economic Defense and National Agency of Waterway Transportation signed the Memorandum of Understanding No. 01/2021. The proposal is to identify possible conflicts between two federal agencies about the same theme, debating on the factors that contribute to the divergence between these federal authorities. It was concluded that the lack of methodology for verifying abusiveness in prices and illicit conduct can be crucial in litigations that aimed at mitigating disputes that arise as a result of the SSE/THC2 by the port operators.

**Key words:** Segregation and Immediate Delivery Service; THC2; National Agency of Waterway Transportation; Administrative Council for Economic Defense and National; disputes.

## **INTRODUÇÃO**

A proposta do presente artigo é analisar recentes decisões envolvendo a cobrança dos valores a título do serviço de segregação e entrega (SSE), também chamado de *terminal handling charges 2* (THC2), no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq, com o intuito de identificar possíveis razões que levam à divergência de entendimentos entre as autarquias, bem como modos de mitigar os conflitos no âmbito de suas competências e dos litígios por elas contemplados.

Antes, porém, de prosseguir o desenvolvimento do objeto da pesquisa, as Seções 1 e 2 apresentam algumas definições teóricas sobre direito concorrencial, regulação e suas aplicações, bem como contextualiza a situação do conflito acerca da legalidade ou abusividade da cobrança do SSE/THC2.

Em seguida, a Seção 3 apresenta a definição do SSE/THC2 empregada neste estudo. A Seção 4 aborda a regulação da Antaq e do Cade no que tange às suas competências quanto ao SSE/THC2. Na sequência, a Seção 5 apresenta recentes decisões do Cade, Antaq e Judiciário sobre a temática, bem como o recente Memorando de Entendimentos firmado entre o Cade e a Antaq. Por fim, há a conclusão da análise empreendida, mas que não pretende, por certo, esgotar o assunto.

### **1. DIREITO CONCORRENCIAL E REGULAÇÃO**

Em dados momentos, a relação entre defesa da concorrência e regulação pode se tornar confusa, visto que por vezes essas duas áreas distintas se embarçam de modo que surge a difícil tarefa de distinguir qual ramo do direito é responsável por uma decisão.

Para melhor compreender suas atuações, pode-se utilizar o entendimento trazido por Alexandre Ditzel Faraco (2013) que define, de forma simples e de fácil entendimento, o objetivo de cada tipo de intervenção estatal.

O autor distingue o direito concorrencial como uma limitação do agente econômico dentro de suas liberdades com o objetivo de evitar a concentração de poder econômico<sup>3</sup>. Da

---

<sup>3</sup> “[D]ireito concorrencial pretende disciplinar a ação do agente econômico no âmbito em que este tem liberdade de fazer suas escolhas. Controla o exercício do poder econômico onde esse pode ser exercido e limita escolhas que tendam a resultar em concentração desse poder.” (FARACO, 2013, p. 1).

fala de Faraco, pode-se exemplificar a análise feita pelo Cade. Assim, o exame de atos de concentração, uma compra de uma empresa por outra do mesmo ramo, sendo que ambas as pessoas jurídicas possuem liberdade de compra e venda, pode precisar do aval do Cade, desde que cumpra alguns requisitos. Deve o poder público autorizar ou não a concretização desse ato por meio de análise considerando diversas variáveis, como o poder de mercado que a empresa unificada terá após a fusão, barreiras à entrada e rivalidade.

Já a regulação atua diretamente na própria liberdade do agente interferindo na sua escolha e substituindo-a por uma intervenção estatal<sup>4</sup>. De igual maneira, pode-se depreender do que expõe Faraco (2013, p. 2) no que se refere a fixação de um preço teto praticado pelos operadores de determinado setor, na qual uma decisão estatal se coloca no lugar de uma liberdade do agente econômico ao estipular preços em seu mercado de atuação.

Ou seja, tanto o direito concorrencial quanto o regulatório são modalidades de atuação estatal sobre a economia e têm por objetivo a correção de falhas de mercado. Quando a ação reguladora abre margem para escolha do agente econômico, há espaço para a incidência do direito concorrencial (FARACO, 2013). Ou seja, simplesmente dizer que um setor é regulado não afasta a incidência do direito concorrencial e, essa questão é muito bem ilustrada no caso da cobrança do SSE, como será demonstrado a seguir.

Por fim, conforme demonstra Faraco (2013), o direito concorrencial e o direito regulatório possuem atuações complementares: enquanto o direito concorrencial abrange todos os setores da economia, a regulação atua de maneira mais restrita em mercados específicos, as agências reguladoras atuam no âmbito de cada setor em que receberam atribuições. É o que ocorre no setor portuário, com a Antaq, com a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e com a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), por exemplo.

Nesse sentido, ao considerar esses dois importantes ramos do direito como complementares, importante destacar o Capítulo III da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), o qual aponta a importância da cooperação entre as agências reguladoras e a autoridade concorrencial, através do seu art. 25<sup>5</sup>. O dispositivo demonstra que deve haver

---

<sup>4</sup> “[R]egulação, por sua vez, restringe o âmbito de liberdade do agente econômico. Substitui a escolha privada em relação a certas variáveis econômicas — como preço, quantidade, diferenciação e investimento — por uma decisão estatal.”. (FARACO, 2013, p. 2).

<sup>5</sup> "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**". (grifado)

complementaridade entre as decisões das agências reguladoras e a autoridade concorrencial, o que busca gerar maior segurança jurídica na atuação de agentes em mercados regulados.

Não obstante a atuação complementar entre direito concorrencial e regulatório, passa-se a discorrer sobre a concorrência em mercados regulados.

## **2. CONCORRÊNCIA EM MERCADOS REGULADOS**

Segundo o entendimento de Pereira Neto e Prado Filho (2016), foram utilizadas diversas maneiras, por meio de medidas estruturais, para criar espaços concorrenciais em mercados regulados. A própria legislação alterou os setores para introduzir a concorrência como um de seus pilares, desmembrando-se as atividades em áreas permissíveis a monopólios, como a exploração de petróleo, e não permissíveis, como o mercado de telecomunicações.

Exemplo claro desse desmembramento é o processo de desestatização. Ainda segundo os autores, no caso do setor de energia elétrica, foi necessário segmentá-lo em geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia. Já o petróleo foi fragmentado em exploração e produção, refino, importação e exportação, transporte, comercialização e distribuição. Esse recorte, por si só, permite um ambiente mais favorável à concorrência e à competição entre os atores, de modo que as empresas disputam pelo direito de atuarem nos segmentos da cadeia de produção não monopolizadas.

Aprofundando o raciocínio, tem-se a possibilidade de atribuir aos agentes econômicos a responsabilidade de permitir a ampla concorrência. É o caso dos proprietários no setor de infraestrutura essencial. Estes devem fornecer acesso aos demais operadores. A título de exemplo, pode-se apontar o acesso aos dutos transportadores de petróleo e gás natural, conforme art. 58<sup>6</sup> da Lei nº 9.478/1997, ou o direito de passagem e tráfego mútuo em ferrovias, regulamentados pela Resolução nº 3.695, de 14/07/2011, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Assim, certamente os mercados, ainda que regulados, possuem espaço para concorrência. Não é à toa, é comum localizar precedentes do Cade em casos relativos ao setor

---

<sup>6</sup> “Art. 58. Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito - GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável.”

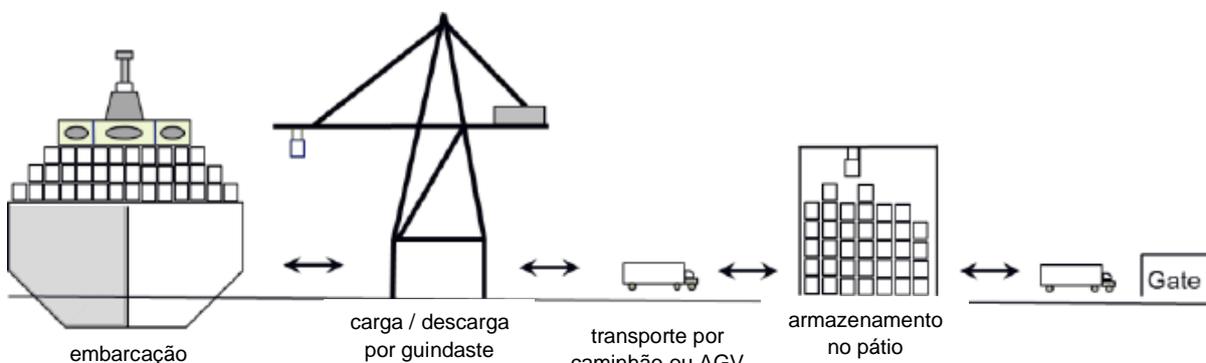
de telecomunicações ou gás, por exemplo, e estar em constante diálogo com agências reguladoras especializadas referentes a cada setor.

Com essas ponderações, passa-se ao entendimento do serviço de segregação e entrega ou terminal handling charge 2.

### 3. SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA (SSE) OU *TERMINAL HANDLING CHARGE 2 (THC2)*

O serviço objeto de estudo possui dupla conotação, a sigla SSE usualmente é utilizada pelos agentes que se posicionam favoráveis às cobranças, do mesmo modo o termo THC2 é adotado por aqueles que são contrários, isso ocorre uma vez que o termo THC2 implicaria uma dupla cobrança uma vez que já existe o pagamento do serviço denominado *Terminal Handling Charge (THC)*.

Pode-se explicar tal serviço a partir da imagem abaixo:



Fonte: PHAN, Mai-Ha Thi; KIM, Kap Hwan (2012) (tradução livre).

Mais à esquerda da imagem se tem a embarcação atracada ao porto, seguida dos guindastes de carga e descarga, o transporte do contêiner descarregado para o pátio, ou pilha, e o transporte até o portão do porto, mais à direita.

Faz-se necessário entender alguns dos valores cobrados pelos operadores portuários e os serviços que elas remuneram. Segundo o art. 2º<sup>7</sup>, III, IX e X da Resolução Normativa

<sup>7</sup> “Art. 2º Para os efeitos desta norma, considera-se: [...] **III - 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 pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação; ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação; [...] **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

nº 34/2019-Antaq, a cesta de serviços (*Box Rate*) é cobrada contra o armador<sup>8</sup> pelo terminal portuário. Refere-se à movimentação das cargas entre o portão do terminal até o porão da embarcação, na exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha, no caso de importação.

A THC é cobrada do importador, ou consignatário, pelo armador. Faz jus à movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário até o costado da embarcação, na exportação, ou entre o costado da embarcação até sua colocação na pilha, no caso de importação.

Já o SSE é cobrado perante o importador, ou consignatário, pelo terminal portuário. Diz respeito à movimentação da carga entre a pilha no pátio até o portão do terminal portuário, com a remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador. Ou seja, na imagem o SSE está refletido na parte mais à direita, no transporte da pilha até o portão do terminal.

Desse modo, é a remuneração pelo serviço de retirada de determinado contêiner da pilha no terminal portuário, o qual recebe o navio, e transporte até outro terminal retroportuário, em área adjacente, onde será armazenado.

Essa é a logística por trás das cobranças realizadas e seu entendimento é fundamental para a presente análise. Em seguida, serão feitas breves considerações sobre a Antaq e o Cade em que pese o referido valor.

#### **4. ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS NO QUE TANGE AO SSE/THC2**

A Lei nº 10.233/2001 criou a Antaq e atribuiu a ela as competências indicadas no art. 27. Neste dispositivo, seus incisos II e IV<sup>9</sup> deixam claro que cabe à Agência Reguladora a

---

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; **X - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC)**: preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação.” (grifo nosso).

<sup>8</sup> Quem realiza o transporte da carga, o proprietário do navio.

<sup>9</sup> “Art. 27. Cabe à Antaq, em sua esfera de atuação: [...] II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; [...] IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de

promoção de estudos para definições de tarifas, preços e fretes, bem como elaborar normas para a prestação de serviços de transporte e exploração da infraestrutura aquaviária e portuária.

O presente estudo se inicia a partir da observância da publicação da Resolução nº 2.389/2012 pela Antaq, a qual fixou parâmetros para a prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres nos portos organizados.

O art. 9º<sup>10</sup> desta resolução determina que “os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela *Box Rate*, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso”.

Ademais, seu art. 5º<sup>11</sup> “os serviços não contemplados no *Box Rate*, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento”.

Dessa forma, tem-se o operador portuário como o responsável pela prestação do SSE/THC2. Tal serviço, por sua vez, é demandado pelo cliente ou usuário. Contudo, o SSE/THC2 não é remunerado nem ressarcido e, ainda, demanda o movimento da carga a outro modal de transporte para entrega fora do porto organizado. Assim, poder-se-ia entender pelo cabimento de sua cobrança, apesar de a Resolução nº 2.389/2012 não tratar sobre este serviço de forma explícita, bem como não trazer qualquer tipo de limite quanto à regulamentação de sua cobrança.

Em 2019, a Antaq publicou a Resolução Normativa nº 34/2019 (RN 34), revogando a Resolução nº 2.389/2012. A principal mudança trazida pela RN 34 é a previsão para realização

---

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.”

<sup>10</sup> Resolução 2.389/2012: “Art. 9º Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela *Box Rate*, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.”

<sup>11</sup> Resolução 2.389/2012: “Art. 5º Os serviços não contemplados no *Box Rate*, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.”

da cobrança do SSE/THC2 de forma expressa, nos termos do parágrafo 1<sup>o12</sup> do art. 6<sup>o</sup>, além de manter o entendimento passado em seu art. 5<sup>o13</sup> sobre os serviços não contemplados na *box rate* obedecerem às condições de prestação e remuneração livremente negociadas.

Ademais, o art. 9<sup>o14</sup> da RN 34 dispõe que na importação o SSE/THC2 “não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daquelas cujas despesas são ressarcidas por meio do THC”. Seu parágrafo único ainda prevê a possibilidade de se estabelecer um preço máximo para a cobrança, definido pela própria Antaq, em caso de demonstrado abuso ou ilegalidade no valor cobrado.

Por fim, a própria norma define em seu art. 7<sup>o15</sup>, parágrafo único, como competência da agência, a apuração das infrações. Ainda, apresenta nos incisos do art. 8<sup>o</sup> as práticas consideradas abusivas e lesivas à concorrência. Destacam-se os incisos I a III<sup>16</sup> do dispositivo, quais sejam, criar dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente, aumentar os custos operacionais dos rivais de forma artificial e aumentar os preços sem justa causa.

Em síntese, a RN 34 dita expressamente que o SSE/THC2 não é remunerado pelos outros valores cobrados, permite sua cobrança separada da THC e prevê sanções às práticas que se constatarem abusivas ou ilegais, entre elas a fixação de preço máximo no caso concreto.

Contudo, até a conclusão do presente estudo, a regulação ainda padece de lacuna normativa crítica para o tema, qual seja, não há metodologia específica para a apuração e constatação das práticas abusivas de preços.

Acredita-se que a metodologia permitiria atestar de maneira segura que o preço praticado a título de SSE/THC2 pelo operador portuário, no caso concreto, seria prática

---

<sup>12</sup> Resolução Normativa 34/2019: “Art. 6<sup>o</sup> [...], § 1<sup>o</sup> Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque de cargas não nacionalizadas, é permitida a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de contêineres - SSE [...].”

<sup>13</sup> Resolução Normativa 34/2019: “Art. 5<sup>o</sup> Os serviços não contemplados no Box Rate e os serviços de armazenagem, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade da instalação portuária ou dos operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas, devendo os valores máximos serem previamente divulgados em tabelas de preços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento e nas normas da ANTAQ, vedadas as práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência.”

<sup>14</sup> Resolução Normativa 34/2019: “Art. 9<sup>o</sup> O SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC [...]. P. u. No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a Antaq poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título [...].”

<sup>15</sup> Resolução Normativa 34/2019: “Art. 7<sup>o</sup> [...], P. u. A apuração das infrações observará o devido processo legal, nos termos da norma que disciplina o processo administrativo sancionador da Antaq.”

<sup>16</sup> Resolução Normativa 34/2019: “Art. 8<sup>o</sup> [...], I - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente [...]; II - aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais [...]; III - elevar sem justa causa os preços ou valer-se de meios artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade de aumentar arbitrariamente os lucros.”

abusiva de fato, incidindo as sanções cabíveis, inclusive a estipulação de preço-teto ao operador portuário, conforme previsto na RN 34.

Com base nestes entendimentos teóricos, a seguir serão abordadas as recentes discussões envolvendo SSE ou THC2.

## **5. RECENTES DISCUSSÕES SOBRE SSE OU THC2**

Nesta Seção, serão abordadas recentes decisões do Cade, Antaq e Poder Judiciário no que tange a cobrança do SSE/THC2.

### **5.1. Decisões do Cade**

A cobrança de SSE tem sido objeto de disputas entre terminais retro alfandegados e operadores portuários ao longo dos anos. Trata-se de um dos temas mais discutidos no Cade no que diz respeito a serviços portuários (2017). Os casos em andamento no Cade discutem a legitimidade da cobrança desse valor. Nesta seção, serão abordadas as decisões do Tribunal Administrativo do Cade que ocorreram após a vigência da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq<sup>17</sup>.

Como já afirmado no presente estudo, para promover o serviço de descarregar os contêineres dos navios, o operador portuário cobra um preço conhecido por THC. Sobre este valor, não há questionamentos no Conselho. Na sequência, é possível fazer a movimentação horizontal da mercadoria para armazenar na instalação portuária e esse serviço também é executado pelo operador portuário, visto que foi este que recebeu a carga.

Uma das argumentações utilizadas para caracterizar a suposta conduta anticompetitiva é que o operador portuário possuiria a discricionariedade para não cobrar os valores de SSE/THC2 quando o armazenamento ocorresse em seu próprio terminal, ou seja, atuando de forma verticalizada. Por outro lado, uma vez que o armazenamento ocorresse em terminal

---

<sup>17</sup> O levantamento foi realizado no Sistema Eletrônico de Informação (SEI) do CADE e nas atas das sessões de julgamento ocorridas após a vigência da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq. Com base no levantamento, foram identificados quatro processos sobre o tema que se encontram em fase instrutória na Superintendência-Geral do Cade: **(i)** Processo Administrativo nº 08700.007396/2016-14; **(ii)** Processo Administrativo nº 08700.007049/2018-45; **(iii)** Processo Administrativo nº 08700.003006/2017-18; e **(iv)** Processo Administrativo nº 08700.000351/2019-53.

retroportuário, fora do local de atracação do navio, o terminal portuário poderia cobrar valores para movimentar o contêiner da pilha até o local final para armazenagem de terceiros independentes.

Ato contínuo, ressalta-se que existem diversas modalidades<sup>18</sup>, quando na contratação do serviço, inclusive a possibilidade de se contemplar todo o trajeto “de ponta a ponta” até a entrega ao cliente final. Em contraponto ao parágrafo anterior, não seria de toda justiça se contratar um serviço menor para posteriormente exigir seu cumprimento a maior, sem que tal fato ocorra por intermédio de ressarcimento dos custos para sua devida execução.

Dentro deste contexto, o posicionamento atual do Cade é que a cobrança da SSE/THC2 favorece o operador portuário que possui o próprio armazenamento, uma vez que não irá cobrar o valor SSE/THC2 quando o armazenamento é do próprio operador portuário e, com isso, há aumento dos custos de rivais, tendo em vista que o valor do título é cobrado de forma discricionária. O entendimento é de que o operador portuário possui poder de mercado na cobrança da THC – movimentação entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário –, e aproveita desse poder para não cobrar na movimentação horizontal de cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário apenas quando a carga for para o próprio armazém do operador portuário.

Após a publicação da nova Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq, a Superintendência-Geral (SG) do Cade mudou seu entendimento quanto à cobrança do SSE/THC2, tendo em vista que publicou decisão em que cassou a medida preventiva anteriormente concedida no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.000351/2019-53 quanto à cobrança do valor. Entendeu a SG que a Resolução 34/2019 colocou fim à discussão sobre os serviços cobertos pela *Box Rate*, deixando claro que o serviço de segregação e entrega de contêineres não está abrangido pela cesta de serviços inicialmente paga pelo armador ao operador portuário, sendo permitida a cobrança do SSE/THC2.

---

<sup>18</sup> Conhecidos como “Incoterms”.

Contudo, a Representante Marimex interpôs Recurso Voluntário nº 08700.001984/2020-12<sup>19</sup> diante do Despacho SG 392/2020<sup>20</sup>, que cassou a Medida Preventiva previamente interposta pela SG em desfavor da Embraport Empresa Brasileira de Terminais Portuários. Assim, o julgamento foi ao Tribunal Administrativo do Cade, o qual, em contraponto a SG, chegou ao entendimento de que a nova Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq não gera fato novo apto a ensejar mudança no entendimento da jurisprudência do Cade<sup>21</sup> e entendeu estar presente o *periculum in mora* para a concessão da medida preventiva.

Cabe destacar que neste mesmo julgamento, o presidente do Cade, Alexandre Barreto, afirmou que a Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq não alterou substancialmente a legislação do setor. Adicionou que a SSE/THC2 é, basicamente, uma *essential facility*<sup>22</sup> com um preço livre que pode ser imposto por um rival e a Antaq se recusa a regular esse preço.

No mesmo sentido, o Tribunal Administrativo do Cade proferiu outras decisões que foram para o Tribunal Administrativo em decorrência de medidas liminares que foram cassadas pela SG do Cade<sup>23</sup>.

Todavia, até o momento, o Tribunal Administrativo analisou apenas um processo administrativo<sup>24</sup> quanto ao mérito da cobrança do SSE/THC2 após a vigência da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq.

---

<sup>19</sup> No mesmo sentido, há outras decisões da SG. Das decisões, também foram interpostos recursos: Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31 interposto pela Localfrio diante do Despacho SG nº 1147 que indeferiu medida preventiva pleiteada, com vistas a cessar, a cobrança pela APM Terminais Itajaí, da taxa THC2 (Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos, APM Terminals Itajaí S.A.) e Recurso Voluntário nº 08700.004943/2020-88, interposto em face do Despacho SG nº 1133/2020 que indeferiu medida preventiva pleiteada pela Localfrio com vistas a cessar, a cobrança pela Portonave S.A - Terminais Portuários de Navegantes ("Portonave") da taxa THC2 (Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos Portonave S/A Terminais Portuários de Navegantes).

<sup>20</sup> DESPACHO SG Nº 392/2020. Em suma, a Superintendência-Geral entende que a Resolução ANTAQ nº 34/2019 colocou fim à discussão.

<sup>21</sup> O entendimento majoritário se deu nos termos do voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia e a decisão foi publicada no DOU em 24 de junho de 2020.

<sup>22</sup> Em julgamento do Processo Administrativo 08012.000504/2005-15 ocorrido na 97ª Sessão do Tribunal Administrativo do Cade, o Conselho tratou sobre o tema "Essential Facility Doctrine". No voto proferido pelo ex-Conselheiro e atual Superintendente-Geral, Alexandre Cordeiro, foi indicada a definição de Sebástien: "*Em defesa da concorrência qualifica-se como essential facility o insumo essencial, indispensável, para o fornecimento de um produto ou serviço. A essencialidade se caracteriza pelo fato de ser a um terceiro impossível replicar ou substituir o insumo física ou economicamente. Exige-se, portanto, mais que uma simples posição dominante a partir do controle de um ativo ou capacidade. Para se falar em essential facility o acesso ao insumo/ativo deve ser, na prática, indispensável*". (SEI 0293589). Bibliografia referenciada no voto: SEBÁSTIEN, J. Evrard. *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*. 10 Columbia Journal of European Law, L. 491 (2004).

<sup>23</sup> Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31, Recurso Voluntário nº 08700.004943/2020-88.

<sup>24</sup> Trata-se do PA 08700.005499/2015-51

O Relator do caso, Conselheiro Luiz Hoffmann, defendeu em seu voto<sup>25</sup>, que os custos da cobrança do SSE/THC2 já estariam sendo remunerados por meio da THC.

O Conselheiro definiu dois mercados relevantes para a análise do caso como: **(i)** mercado de movimentação de contêineres (atividade à montante) e **(ii)** mercado de armazenagem alfandegada (atividade à jusante); ambos na área de influência do Porto de Suape/PE.

Uma vez definido o mercado relevante, o conselheiro passou a analisar se o operador portuário detém posição dominante. Afirmou que a posição dominante do operador portuário decorre da própria dinâmica do setor portuário, tendo em vista a relação de dependência dos recintos alfandegados com o terminal molhado. Por essa razão, a posição dominante do operador portuário no que tange à relação entre os mercados relevantes definidos, independe da aferição das participações de mercado, tendo em vista que o operador portuário é monopolista do mercado à montante no caso concreto. Contudo, também fez a ressalva ao afirmar que a mera detenção de posição dominante no mercado analisado não configura, por si só, infração anticoncorrencial, devendo o Cade apurar se houve o exercício abusivo desta posição, nos termos do art. 36, da Lei 12.529/2011.

O Conselheiro Luiz Hoffmann entende ser incontroverso que o operador portuário não cobra quando presta o serviço de armazenagem, atuando de forma verticalizada. Também afirmou que o operador portuário não conseguiu demonstrar que incorre em custos extraordinários para poder realizar a cobrança. Assim, para ele, o operador portuário abusa da sua posição dominante, uma vez que aproveita da posição que detém já que possui o monopólio da cobrança da THC e exerce uma outra em duplicidade. Dessa forma, concluiu pela condenação da Tecon (operador portuário), nos termos do art. 37, incisos, I, II, IV e §3º, incisos III, IV e X da Lei nº 12.529/2011.

A Conselheira Lenisa Prado, por sua vez, proferiu voto divergente<sup>26</sup>. Para ela, a THC e a THC2 se referem a diferentes tipos de serviço. Entende a conselheira, que a THC é uma

---

<sup>25</sup> CADE. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51*. Voto do Relator Conselheiro Luiz Hoffmann. 2021. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPyE8wIxrIV2F7dRUaYhWER3Tf7h6wP-LpVbXxH26q5AgMnprFhzVd8\\_xrzShRwUMxl4ziJ2GP0OL\\_znsaIdkq](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPyE8wIxrIV2F7dRUaYhWER3Tf7h6wP-LpVbXxH26q5AgMnprFhzVd8_xrzShRwUMxl4ziJ2GP0OL_znsaIdkq)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

<sup>26</sup> CADE. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51*. Voto Vista da Conselheira Lenisa Prado. 2021. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtn-M9J6Btqm0\\_LpFfVrdZH0lf5FszZFutDobaLvg\\_VoUdm9mcJjWs-h9cO12c-VwC6x76hsqZtw4X4I1RI6yQ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtn-M9J6Btqm0_LpFfVrdZH0lf5FszZFutDobaLvg_VoUdm9mcJjWs-h9cO12c-VwC6x76hsqZtw4X4I1RI6yQ)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

contraprestação financeira exigida para todo e qualquer contêiner que sai do navio, ou seja, é a remuneração mínima exigida pelos serviços portuários considerados essenciais. Porém, na visão da conselheira, a THC2 ou o SSE se refere a outro serviço, qual seja, a movimentação horizontal de cargas. Esse serviço é excedente e executado após o recebimento da carga. Assim, implica nova relação jurídica, somente para contêineres solicitados e não de forma indiscriminada como a THC. Dessa forma, para a conselheira, não se trata de cobrança em duplicidade, mas sim necessária, de modo a se cumprir com o estabelecido pela Antaq.

Por seu turno, o Conselheiro Luis Braido proferiu voto<sup>27</sup> sobre a controvérsia, apesar de ter acompanhado o Conselheiro Relator Luiz Hoffmann em suas conclusões, apresentou tese distinta. Em um primeiro momento, o Conselheiro Luis Braido afirmou que o caso abrange um ilícito por efeitos, ou seja, possuem presunção de ilicitude, cabendo ao Cade aplicar a regra da razão, por ser aprofundada, para verificar se a conduta possui efeitos anticompetitivos, ainda que potenciais.

Em seguida, o conselheiro afirmou que a Antaq aprovou a Resolução Normativa nº 34/2019, a referida RN 34, que dispõe sobre protocolos a serem adotados por portos à luz das leis portuárias. Para o conselheiro, o serviço de segregação e entrega em si não é ilícito, mas a inexistência de regulação não afasta a competência do Cade para opinar sobre a questão.

Ato contínuo, comparou os arts. 9º de ambas as resoluções, a de 2012 e a de 2019 e entendeu que permitem as mesmas práticas, ou seja, não retiram o potencial de o operador portuário abusar de sua posição dominante para cobrar a THC2. Pela relevância do tema, cabe a transcrição e o cotejo:

---

<sup>27</sup> CADE. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51*. Voto Vista Conselheiro Luis Braido, 2021. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP3O0a1GMZdlGqMAhNzTD2ftrt02zuieE4WDcb19wfaFhNjif7D9gKvFAiLFK1oICa5MoJsHYmd1VZPbkNNCu90](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP3O0a1GMZdlGqMAhNzTD2ftrt02zuieE4WDcb19wfaFhNjif7D9gKvFAiLFK1oICa5MoJsHYmd1VZPbkNNCu90)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

Resolução Antaq 2389/2012	Resolução Antaq 34/2019
<p>Art. 9º Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela <i>Box Rate</i>, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.</p>	<p>Art. 9º O SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pela <i>Box Rate</i>, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.</p> <p>Parágrafo único. No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a Antaq poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição.</p>

Da análise dos normativos, por considerar que os dispositivos permitem o abuso de posição dominante, a nova resolução não enseja novos motivos para não aplicar a jurisprudência do Cade.

Em seu voto, o conselheiro também afirmou que a prática da cobrança de SSE/THC2 gera efeitos anticoncorrenciais, pois o operador portuário não cobra o preço quando presta o serviço de forma verticalizada. Assim, cobra apenas dos concorrentes. Ademais, para o conselheiro, não restou comprovado que os custos do SSE/THC2 são diferentes e afirmou que para que o operador portuário cobre mais, é necessário provar que os custos são diferenciados.

Dessa forma, o conselheiro não entrou na questão da duplicidade da cobrança (como ocorre no voto do Conselheiro Luiz Hoffmann), pois, para ele, os problemas concorrenciais antecedem essa questão, uma vez que o operador portuário atua em situação de monopólio, tendo em vista que as opções do importador são muito limitadas em portos vizinhos. Por essas razões, entende que há abuso de posição dominante por parte do operador portuário.

Por fim, o Conselheiro Sérgio Ravagnani proferiu seu voto<sup>28</sup> na Sessão Ordinária de Julgamento ocorrida em 03 de fevereiro de 2021. O Conselheiro votou pelo arquivamento do processo administrativo, por não ter identificado indícios suficientes de que a cobrança do SSE/THC2 poderia limitar ou trazer prejuízos à concorrência. O Conselheiro, contudo, ainda

<sup>28</sup> CADE. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51*. Voto Vista Conselheiro Sérgio Ravagnani, 2021. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMsG3Y6Sa2nzlbKMnThUmCg7RIIHqIFljskarKmOCbzM8zWC3jnfjOyZbBVbLoFfOfn6j4kFjZrDdovIglRBCS6](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMsG3Y6Sa2nzlbKMnThUmCg7RIIHqIFljskarKmOCbzM8zWC3jnfjOyZbBVbLoFfOfn6j4kFjZrDdovIglRBCS6)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

votou pela determinação à Tecon Suape S.A. de que atualizasse sua tabela de preços para tornar claro quais serviços são abarcados pela SSE/THC2.

Assim, apesar da posição contrária dos conselheiros Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado, o Tribunal Administrativo manteve o entendimento de que a cobrança da SSE/THC2 é uma conduta anticoncorrencial.

## **5.2. Decisões da Antaq**

É possível depreender que a Antaq entende como legal e legítima a cobrança dos valores de SSE/THC2 pelos terminais portuários, nos termos da RN 34. Contudo, reiteradamente ocorrem denúncias contra os operadores portuários por supostas abusividades nos valores cobrados por este serviço, conduta que poderá caracterizar práticas anticoncorrenciais e/ou infração à ordem econômica.

De fato, as práticas abusivas podem opor riscos para a competição saudável do setor portuário. Entretanto, a mera protocolização de uma denúncia não torna a prática automaticamente ilegal. Faz-se necessário todo o escrutínio de investigação por parte da Antaq, bem como a observância do devido processo legal, perpassando pela ampla defesa e contraditório, até que se possa efetivamente constatar a ilegalidade incontestável da prática.

Contudo, até o encerramento do presente estudo, não há uma metodologia, ou um procedimento definido para que se possa verificar a prática ilegal e abusiva dos valores cobrados.

Tais fatos se tornam visíveis quando, em relação à legalidade da cobrança, a Deputada Estadual Paula, de Santa Catarina, solicitou informações acerca das alegações de que a cobrança de SSE/THC2 no Complexo Portuário de Itajaí-Navegantes seria abusiva. A setorial técnica da Antaq elaborou a Nota Técnica nº 288/2020/GRP/SRG<sup>29</sup> e destacou:

“Inicialmente, cabe destacar que ficou expresso na Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 que a cobrança pelo Serviço de Segregação e Entrega - SSE (vulgarmente chamado de THC-2) não é um ilícito per se, e não cabe ação da Agência para que a sua cobrança seja impedida, salvo a caracterização dos pressupostos discutidos adiante.

Nos termos do art. 6º, §1º da RN 34/2019, a cobrança pelo SSE nas instalações portuárias em geral é justificável e razoável - tudo mais ausente, quando afastada a incidência de práticas anticompetitivas e a falta de modicidade, corresponde a uma contraprestação objetiva.”

Cumprido ressaltar que a resposta oficial encaminhada para a Deputada foi que o tema

---

<sup>29</sup> Processo nº 50300.016273/2020-11.

indagado à Agência está sendo analisado no âmbito do processo nº 50300.008713/2020-67, o qual recentemente trata da regulamentação do art. 9º, parágrafo único da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq.

Sobre a falta de metodologia para abusividade, durante a 475ª Reunião Ordinária da Diretoria, realizada em 08/04/2020, a Diretoria Colegiada da Antaq, ao julgar o Processo nº 50300.002858/2020-54<sup>30</sup>, sobre a apuração de denúncia de abusividade na cobrança do SSE/THC2, entendeu pela legalidade da cobrança dos preços referentes ao SSE/THC2. Um dos argumentos apresentados foi de que não há metodologia definida para constatar a abusividade dos preços, o que não permite uma intervenção responsável pela Agência na atividade econômica, pois não seria possível atestar se a cobrança era de fato abusiva.

O posicionamento da Agência Reguladora está alinhado ao disposto na Resolução Normativa nº 34/2019, prezando pela legalidade da cobrança do SSE/THC2, salvo nos casos que configuram prejuízo à concorrência, os quais estão sujeitos às penalidades e sanções nos termos da norma. Contudo, cabe salientar que a falta da metodologia de identificação de abusividade contribui para a insegurança jurídica das decisões e para o dissenso entre a Antaq e o Cade.

### 5.3. Decisões do Judiciário

Por fim, para ilustrar as divergências sobre o tema e demonstrar que a controvérsia não está pacificada, no poder Judiciário, Justiça Federal e Estadual, há posições divergentes.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Transcrição da Ata da 475ª Reunião Ordinária da Diretoria da Antaq - Processo Conductor nº 50300.002858/2020-54: Relator: Francisval Mendes: “O Diretor Relator votou como segue: “[...] II - Indeferir o pedido cautelar formulado, tendo em vista que não se vislumbrou a presença do requisito da fumaça do bom direito, ante a **inexistência de definição acerca da metodologia de análise de abusividade que permita a constatação e intervenção da Agência na atividade econômica com segurança e responsabilidade** [...]”; III - No mérito, julgar improcedente a Denúncia formulada, **face a inexistência de meios, no momento, de se apurar de forma definitiva a existência da abusividade que o Denunciante tenta fazer prevalecer**; [...]” (grifo nosso). ANTAQ. *Processo nº 50300.005117/2020-25*. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3FLWUbn>>. Acessado em 23 de novembro de 2021.

<sup>31</sup> Em pesquisa jurisprudencial não exaustiva, foram identificados os seguintes casos na Justiça Estadual: (i) Apelação no 156803-2 (1ª Câmara Cível do TJ/PE), (ii) Apelação no 0311872-35.2016.8.24.0033 (5ª Câmara de Direito Comercial do TJ/SC), (iii) Agravo de Instrumento no 2092429-59.2017.8.26.0000 (23ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP), (iv) Apelação no 1000200-26.2018.8.26.0562 (13ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP), (v) Processo no 1023375-03.2018.4.01.3400 (4ª Vara Cível do TJ-DF). Por sua vez, na Justiça Federal foram identificados os seguintes casos: (i) Apelação no 0014995-56.2005.4.03.6100/SP (TRF-3); (ii) Apelação no 2005.34.00.037482-6/DF (TRF-1); (iii) Apelação no 0020121-87.2005.4.03.6100/SP (TRF-3); (iv) Processo no 1005826-43.2019.4.01.3400 (17ª Vara Federal Cível SJDF); (v) Agravo de Instrumento no 5006342-19.2020.4.03.0000 (TRF-3); (vi) Agravo de Instrumento no 1001819-52.2021.401.0000

Em 2020, foi proferida decisão no âmbito da Justiça Federal da 1ª Região, 4ª Vara Federal Cível (Processo 1023375-03.2018.4.01.3400). A sentença anulou a decisão emitida pelo Cade no âmbito do Recurso Voluntário 08700.005723/2018-57, mantendo legítima e exigível a cobrança do preço referente ao serviço de segregação e entrega de contêiner pela Brasil Terminal Portuário S.A. De acordo com tal decisão, deve prevalecer a competência da Antaq com a regulamentação que lhe é inerente e autoriza a cobrança do serviço de segregação e entrega, mesmo que não seja eliminada a competência do Cade. Assim, os pedidos foram julgados procedentes confirmando tutela de urgência deferida para determinar a anulação da decisão do Cade e, em consequência, declarar o direito do autor de cobrar a tarifa referente ao SSE.

O Cade interpôs apelação, bem como Marimex, habilitada como terceira interessada. Por sua vez, a Brasil Terminal Portuário interpôs contrarrazões.

Este caso é mais um exemplo de que a decisão sobre o tema não se esgota.

Por sua vez, também foram identificadas decisões do Supremo Tribunal de Justiça.<sup>32</sup> No AREsp 1.537.395, o STJ afirmou que o SSE envolve serviços adicionais, que não são contemplados pela box rate e não remunerados pela THC.

Ainda, em recente decisão monocrática<sup>33</sup>, em favor do Cade, o Ministro Humberto Martins suspendeu as decisões proferidas nos autos dos Agravos de Instrumento 1001819-52.2021.401.0000 e 1008154-87.2021.401.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Afirmou que não deve haver interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo ou demais órgãos reguladores, sem que haja caracterização de desvio de finalidade, o que poderia justificar a tomada da decisão pelo Poder Judiciário, de maneira excepcional.

#### **5.4. Memorando de Entendimentos nº 01/2021 entre Antaq e Cade**

Em 17 de junho de 2021, o Cade e a Antaq assinaram, com a interveniência do

---

(vii) Agravo de Instrumento no 1008154-87.2021.401.0000.

<sup>32</sup> Foram identificadas as seguintes decisões no Supremo Tribunal de Justiça: (i) AREsp no 1.441.228 e (ii) AREsp no 1.537.395.

<sup>33</sup> Suspensão de Liminar e de Sentença Nº 2910 - DF (2021/0096289-2)

Ministério da Infraestrutura, o Memorando de Entendimentos nº 01/2021<sup>34</sup>, sobre os procedimentos de cooperação na análise de cobranças sobre o serviço de segregação e entrega imediata de cargas em regime de trânsito aduaneiro.

O objeto do memorando foi firmar a cooperação e atuação integrada das autarquias para estabelecer a análise de indícios de abusividades e infrações à ordem econômica na cobrança do SSE/THC2. O documento torna clara a atuação do Cade, sem afastar as competências da Antaq, bem como determina que o Conselho deverá formular consulta prévia à Agência caso identifique irregularidades. Ainda estabelece o dever de comunicação entre os órgãos sobre instauração de processos sobre SSE/THC2 e suas decisões.

Foi estabelecido, também, o prazo até setembro de 2021 para que a Antaq conclua a metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE/THC2, com auxílio do Cade, contendo o fluxograma de tramitação de denúncias e o procedimento para o cálculo dos preços.

O memorando vem como um importante instrumento na pacificação da cobrança do SSE/THC2 e contribui, portanto, com a conclusão do presente trabalho.

## **Conclusão**

A primeira conclusão que se pode inferir é a carência de segurança jurídica para todos os envolvidos na operação portuária. Em relação especificamente ao operador, uma vez que a Agência Reguladora competente do setor permite que a cobrança do serviço de segregação e entrega ocorra, sendo que posteriormente, a mesma cobrança, poderá acarretar multa ao operador portuário, considerando o atual entendimento do Cade segundo o qual a conduta resulta em abuso de posição dominante. Ou seja, o agente será multado, por uma autarquia antitruste, por realizar uma conduta que foi permitida pela autarquia de regulação setorial.

Cabe destacar que não existe hierarquia entre o Cade e as demais Agências Reguladoras. Inclusive a Lei das Agências Reguladoras, como já indicado, apresenta um capítulo para tratar sobre a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, dos arts. 25 a 28. O art. 25 desta lei expressa o dever da cooperação entre as agências e os órgãos de defesa da concorrência. Contudo, tal intenção é falha no caso da

---

<sup>34</sup> ANTAQ. *Memorando de Entendimentos nº 01/2021*. 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/Acordo-Cade-e-ANTAQ.pdf>>. Acesso em 16 de novembro de 2021.

cobrança do SSE ou THC2, uma vez que duas autarquias com poderes emanados pela União caminham em sentidos opostos gerando grande insegurança jurídica aos envolvidos.

Sobre esse assunto, destaca-se o princípio de autovinculação e coerência dos atos estatais trazido por Rafael Oliveira (2019):

“Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia.

[...]

Em suma, no Estado Democrático de Direito pressupõe coerência na atuação estatal, afigurando-se indesejada a conduta contraditória nas relações jurídicas com os cidadãos.”

Destaca-se, ainda segundo o autor, que a autovinculação não visa cercear as decisões administrativas. Nesse sentido, quando devidamente motivada, a administração poderá mudar seu entendimento e aplicar nova orientação.

As recentes decisões do Cade levam a crer que regras mais claras estabelecidas pela Antaq seriam importantes para mitigar os problemas que surgem em decorrência da cobrança do título. Isso porque, como já apontado pela Antaq, a ausência de metodologia para verificação e constatação da abusividade de cobrança no SSE ainda não foi concluída pela agência reguladora. Desse modo, não existe método nem parâmetros que permitam uma intervenção responsável sobre um tema sensível, qual seja, o controle de preços.

Esse dissenso acaba por ensejar uma maior entrada de ações questionando a legalidade da cobrança do SSE/THC2 perante o Cade pelos agentes contrários ao valor, uma vez que por ter a sua legalidade pacificada dentro da Antaq não vingaria ações com tal teor.

Contudo, cumpre salientar que no âmbito de debate da Antaq atualmente está em evidência a discussão acerca da criação de preço-teto e franquia a nível nacional para a cobrança do SSE/THC2, não sendo objeto do presente estudo, o qual se ateve ao conflito decorrente da divergência entre as autarquias federais.

Sendo assim, pode-se concluir que a insegurança jurídica, proveniente do conflito de entendimentos entre o Cade e a Antaq acerca do cabimento da cobrança do SSE, ou THC2, pode ser reduzida quando for estabelecido a metodologia de identificação de cobranças abusivas pela Agência Reguladora, o que facilitaria a caracterização dos casos que estariam sujeitos à análise de defesa da concorrência, bem como o cabimento da estipulação de preço-teto no caso concreto.

A assinatura do Memorando de Entendimentos nº 01/2021 entre Antaq e Cade sugere a possibilidade de eliminar ou, pelo menos, mitigar os conflitos entre decisões das autarquias, trazendo maior segurança jurídica para os agentes envolvidos. A segurança jurídica sobre essa questão, por sua vez, poderá conferir maior estabilidade ao setor como um todo, tornando-o mais atrativo para investidores e atraindo um maior número de interessados.

Sugere-se para os próximos estudos, o contínuo acompanhamento do tema junto às autarquias federais, Antaq e Cade, bem como o desenvolvimento dos julgamentos judiciais, uma vez que o assunto ainda possui diversos entendimentos e não há indícios de pacificação da matéria que há vários anos vem sendo destaque de estudos, processos e conflitos.

## REFERÊNCIAS

ANTAQ. Resolução Normativa nº 34/2019. Disponível em:  
<<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-34-de-19-de-agosto-de-2019-211683225>>. Acessado em 22/11/2020

\_\_\_\_\_. Resolução Normativa nº 2.389/2012. Disponível em:  
<<http://web.antaq.gov.br/portalv3/pdfSistema/Publicacao/0000004915.pdf>>. Acessado em 22/11/2020.

\_\_\_\_\_. Ata da 475ª Reunião Ordinária da Diretoria, 2020, Brasília, Distrito Federal, 17 p. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/Ata-475%C2%AA-ROD.pdf>>. Acessado em 24/11/2020.

\_\_\_\_\_. *Memorando de Entendimentos nº 01/2021*. 2021. Disponível em:  
<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/Acordo-Cade-e-ANTAQ.pdf>>. Acesso em 16 de novembro de 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.478/1997*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm)>. Acessado em 22/11/2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.529/2011*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)>. Acessado em 22/11/2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.233/2001*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm)>. Acessado em 22/11/2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.815/2013*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm)>. Acesso em 22/11/2020.

CADE. *Ata da 166ª Sessão Ordinária de Julgamento, 2020*. Disponível em: Disponível em:  
<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?)

DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-  
n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMrtELashbSvvr5K8TX\_K8\_wXLNXv07iwn2OfkDU9AJd4L  
4W8BJeq5ba8oeL\_MFKAi4WI-TioXWEFoK6yRkUZB8>. Acessado em: 25/11/2020.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51. Voto Vista Conselheiro Sérgio Ravagnani*, 2021. Disponível em:  
<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMsG3Y6Sa2nzlbKMNThUmCg7RIIHqFljkskarKmOCbzM8zWC3jnfjOyZbBVbLoFfOfn6j4kFjZrDdovIglRBCS6](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMsG3Y6Sa2nzlbKMNThUmCg7RIIHqFljkskarKmOCbzM8zWC3jnfjOyZbBVbLoFfOfn6j4kFjZrDdovIglRBCS6)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51. Voto Vista Conselheiro Luis Braido*, 2021. Disponível em:  
<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP3O0a1GMZdlGqMAhNzTD2ftrt02zuieE4WDcb19wfaFhNji f7D9gKvFAiLFK1oICa5MoJsHYmd1VZPbkNNCu90](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP3O0a1GMZdlGqMAhNzTD2ftrt02zuieE4WDcb19wfaFhNji f7D9gKvFAiLFK1oICa5MoJsHYmd1VZPbkNNCu90)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51. Voto Vista da Conselheira Lenisa Prado*. 2021. Disponível em:  
<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtn-M9J6Btqm0\\_LpFfVrdZH0lf5FszZFutDobaLvg\\_VoUdm9mcJjWs-h9cO12c-VwC6x76hsqZtw4X4I1RI6yQ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtn-M9J6Btqm0_LpFfVrdZH0lf5FszZFutDobaLvg_VoUdm9mcJjWs-h9cO12c-VwC6x76hsqZtw4X4I1RI6yQ)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51. Voto do Relator Conselheiro Luiz Hoffmann*. 2021. Disponível em:  
<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPyE8wIxr1V2F7dRUaYhWER3Tf7h6wP-LpvbXxH26q5AgMNpgrFhzVd8\\_xrzShRwUMxl4ziJ2GP0OL\\_znsaldkq](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPyE8wIxr1V2F7dRUaYhWER3Tf7h6wP-LpvbXxH26q5AgMNpgrFhzVd8_xrzShRwUMxl4ziJ2GP0OL_znsaldkq)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. *Mercado de Serviços Portuários*. 2017. Disponível em:  
<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-servicos-portuarios-2017.pdf>>. Acessado em 22/11/2020.

COLLYER, Wesley O. A importância do direito marítimo e da regulação dos transportes e portos para o desenvolvimento da logística. In: *Journal of Transport Literature*, v. 7, n. 1, p. 194-201, 2013. Disponível em:  
<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2238-10312013000100012&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312013000100012&lang=pt)>. Acessado em 22/11/2020.

FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98881>>. Acessado em 22/11/2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na administração. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 382-400, mai/ago. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/392/369>>. Acessado em 15/07/2021.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do Cade. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v.12, n. 1, 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000100013&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100013&lang=pt)>. Acessado em 22/11/2020.

PHAN, Mai-Ha Thi; KIM, Kap Hwan. *Estimating the Cycle Time of Container Handling in Terminals*. Department of Industrial Engineering, Pusan National University, 2012. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Mai\\_Ha\\_Phan/publication/284190458\\_ICLS2012\\_183\\_special\\_issue\\_121126/links/564fc99408aefe619b120cb9/ICLS2012-183-special-issue-121126.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Mai_Ha_Phan/publication/284190458_ICLS2012_183_special_issue_121126/links/564fc99408aefe619b120cb9/ICLS2012-183-special-issue-121126.pdf)>. Acessado em 22/11/2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.