

01/10/2010

EDIÇÃO Nº 441 - 1ª QUINZENA OUTUBRO DE 2010

Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

*Cesar A. Guimarães Pereira
Rafael Wallbach Schwind**



A ilegitimidade da cobrança de sobretaxa de congestionamento de portos ("port congestion surcharge") no Direito brasileiro: o caso de Paranaguá

I - Apresentação

Está em discussão desde agosto de 2010 no Poder Judiciário do Paraná a cobrança de sobretaxa de congestionamento ("port congestion surcharge") que alguns armadores pretenderam instituir a partir do final de junho de 2010 em operações para Paranaguá.

O debate iniciou-se com troca de correspondências entre os armadores e a empresa privada arrendatária do terminal de contêineres de Paranaguá. Tornou-se judicial a partir do momento em que a Federação das Indústrias do Estado do Paraná – FIEP tomou conhecimento da situação. De imediato, a FIEP propôs ação coletiva na qual obteve liminar suspendendo a cobrança. Alguns dias depois, a Associação Comercial, Industrial e Agrícola de Paranaguá (ACIAP) propôs ação similar em Paranaguá, também obtendo a concessão liminar da ordem.

Já houve recurso por parte de dois dos armadores em relação à primeira medida. Em despacho inicial, o Tribunal de Justiça do Paraná manteve a liminar e a suspensão da cobrança. Aguarda-se o julgamento final dos agravos.

O caso é de grande relevância em face da ausência de jurisprudência sobre o tema no Brasil. Desconhece-se a ocorrência de situação similar de sobretaxas de congestionamento de portos no Brasil. Embora não seja incomum a referência a sobretaxas no exterior, sua imposição no Brasil parece ser inédita. Isso explica a falta de precedentes jurisprudenciais e torna ainda mais relevante o debate sobre o tema.

II – As condições de cobrança

A intenção de cobrar as sobretaxas foi divulgada unilateralmente no final de junho e início de julho de 2010 por cinco dos dezessete armadores que usualmente se valem do Porto de Paranaguá. Não houve explicação mais aprofundada, apenas a referência a uma "sobretaxa de congestionamento" ou "sobretaxa por reposição de contêineres" em virtude de "condições adversas de clima". O valor das sobretaxas era similar para os cinco armadores, cerca de 150 a 200 dólares por TEU. Não foram apresentadas outras condições, como o prazo para a sua aplicação.

A cobrança foi instituída exclusivamente em relação ao Porto de Paranaguá. Os portos vizinhos (de São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, por exemplo), embora expostos às mesmas condições climáticas e sujeitos às mesmas contingências de operação, não se submeteram à cobrança. É fato que a cobrança era discriminatória ao isolar o Porto de Paranaguá em face de todos os seus concorrentes de outros Estados.

III – **A ilegalidade da cobrança da sobretaxa**

O art. 21, XXIV, da Lei 8.884/94, estabelece como conduta caracterizadora de infração à ordem econômica “*impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço*”. Em sentido idêntico, o art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor – CDC, caracteriza como prática abusiva “*eleva sem justa causa o preço de produtos ou serviços*”.

Conforme ensina HERMAN BENJAMIN, o inciso X do art. 39 do CDC “*visa a assegurar que, mesmo num regime de liberdade de preços, o Poder Público e o Judiciário tenham mecanismos de controle do chamado preço abusivo*” (Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 381). E prossegue o doutrinador: “*A regra, então, é que os aumentos de preço devem sempre estar alicerçados em justa causa, vale dizer, não podem ser arbitrários, leoninos ou abusivos. Em princípio, numa economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação cria uma presunção – relativa, é verdade – de carência de justa causa. Nesta matéria, tanto o consumidor quanto o Poder Público podem fazer uso da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC*”.

O caso de Paranaguá é emblemático. Conforme se discute nos autos da ação judicial, há uma pluralidade de causas possíveis para os supostos atrasos alegados como base para a sobretaxa. Afirma-se que a operação de contêineres em Paranaguá tem índices de produtividade e eficiência comparáveis aos dos demais portos brasileiros. Aponta-se também que boa parte dos atrasos que eventualmente ocorrem devem-se a fatores diversos, não controláveis pelos operadores de Paranaguá, como fatores climáticos, ocorrência de greves em outros portos (por vezes de outros países) e falhas na prestação de serviços pelos próprios armadores. Portanto, sejam quais forem as causas dos alegados sobrecustos dos armadores, não são imputáveis aos usuários dos serviços. Pelo contrário, parecem vinculadas a fatores externos, relacionados com outros agentes da cadeia econômica integrada pelos armadores.

Por decorrência, não há justa causa que legitime o aumento de preços por meio da instituição de sobretaxas sobre todo e qualquer importador e exportador que utilize o terminal do Porto de Paranaguá. A sua cobrança pode constituir infração à ordem econômica (art. 20, XXIV, da Lei 8.884/94) e prática abusiva (art. 39, X, do CDC). Segundo o que se discute perante o Judiciário paranaense, a imposição de sobretaxas que superam 50% dos valores pagos ao terminal portuário resulta do exercício de poder econômico dos armadores em relação aos usuários do porto.

Destaque-se que há amplo reconhecimento da aplicação do CDC às operações de transporte marítimo de carga. O tema foi objeto de artigo publicado por RODRIGO DA PAZ FERREIRA DARBILLY na edição nº 409 (junho de 2009) do **Guia Marítimo**.

Em precedente de 2005, o STJ assentou a sua aplicação em relação à indenização por dano causado em mercadoria durante o transporte marítimo (REsp 302.212/RJ, 3ª T., Rel., Min. CASTRO FILHO, j. 7.6.2005). O voto condutor é esclarecedor:

A tese de que as partes envolvidas são "igualitárias, dedicadas ao complexo negócio de comércio exterior, não havendo no caso, um polo mais fraco, mais necessitado de proteção, por ser mais vulnerável" não logra a socorrer o recorrente. Não se analisa, na hipótese, a condição da autora autonomamente, mas, sim, como pessoa jurídica que assumiu os direitos e a situação de outra empresa, que, na relação de consumo firmada, merece o amparo da legislação consumerista.

(...)

Outrossim, é de se ter presente, no que toca ao transporte aéreo nacional e internacional de cargas, a existência de jurisprudência pacífica de ambas as turmas que compõem a colenda Segunda Seção deste Tribunal no sentido de que a responsabilidade civil do transportador é regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, confirmam-se, entre inúmeros outros precedentes: REsp 236.755/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 15.10.01; ADREsp 224.554/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.02.02; REsp 244.995/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 15.04.02; EREsp 269.353/SP, de minha relatoria, DJ 17.06.02, e REsp 329.587/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 24.06.02.

Tranqüila a incidência da lei sobre os contratos de transporte aéreo de mercadorias, não se justifica a distinção relativa ao transporte marítimo de cargas, razão pela qual é de se entender aplicável ao caso o prazo quinquenal previsto no artigo 27 da Lei n.º 8.078/90.

A mesma orientação já fora fixada no REsp 286.441/RS, julgado em 7.11.2002, relacionado com a aplicação do prazo prescricional do CDC. Do voto condutor do Min. MENEZES DIREITO naquele caso, colhe-se que *"a recorrente contratou o serviço da transportadora, detentora do navio, encerrada a relação de consumo com a efetivação do transporte. O que é feito com o produto transportado não tem, a meu ver, peso algum na definição de quem foi o "destinatário final" do serviço de transporte"*. A Min. NANCY ANDRIGHI acompanhou o voto do relator, frisando que *"mesmo entre pessoas jurídicas é possível haver relação de consumo se o remetente é o próprio destinatário final do serviço contratado, ainda que outrem seja o beneficiário dos produtos, que pretende revender"*. Destacou que, se não fosse assim, o usuário dos serviços de transporte marítimo seria quando menos consumidor por equiparação.

O TJPR tem o mesmo entendimento, tendo reconhecido a aplicação do CDC na Apelação Cível 502.266-6, Rel. Des. GUILHERME LUIZ GOMES, 7ª CC, j. 16.12.2008. Em recente decisão, a 37ª Câmara de Direito Privado do TJSP também assentou a *"incidência do art. 101, inc. I, do CDC"* e a *"possibilidade da Agravante, na qualidade de consumidora, ajuizar ação de reparação de danos, por conta da prestação de serviço de transporte marítimo internacional e terrestre de bem que não integra a sua cadeia produtiva, no foro onde se situa a sua fábrica"* (AI 990101798719, Rel. Des. EDUARDO SIQUEIRA, j. 6.8.2010).

A preocupação com a disparidade de poder na fixação de preços, entretanto, não é exclusiva do CDC. O art. 489 do Código Civil dispõe em sentido semelhante ao prever que *"Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço"*. A instituição de sobretaxas de congestionamento pode ser ilegal também por conta dessas previsões. No caso concreto em exame, trata-se de aumento arbitrário e desprovido de justa causa, além de unilateral, imposto aos importadores e exportadores pelo simples fato de eles movimentarem suas cargas no Porto de Paranaguá.

Vale dizer, ainda que o CDC não fosse aplicável ao transporte marítimo (o que se põe apenas a título de argumentação), isso jamais poderia ser interpretado como uma espécie de autorização para o arbítrio e o abuso de poder econômico. Há lei específica (Lei nº 8.884/94) que visa justamente a coibir abusos. Essa lei trata detalhadamente da fixação de preços privados, inclusive em relações jurídicas que não sejam necessariamente de consumo. O fato de se tratar de preço não sujeito a uma autorização governamental não significa que se possa agir de modo abusivo e discriminatório. Ademais, o regime do Código Civil também previne o abuso contratual.

Um ponto a ser ainda destacado é que o aumento de preços por meio da fixação de uma sobretaxa de congestionamento pode representar conduta indevidamente discriminatória. A questão da discriminação entre agentes econômicos é muito sensível ao direito. Não se admitem discriminações ou fixações diferenciadas de preços mediante ausência de critérios razoáveis e objetivos. Bem por isso, o art. 21, XII, da Lei 8.884/94, veda *"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"*.

Novamente, o caso de Paranaguá é representativo. A operação do terminal de contêineres de Paranaguá apresenta índices de produtividade compatíveis com as dos demais terminais brasileiros. Mesmo os fatores climáticos, incontroláveis pelo operador portuário e seus clientes, atingem de modo similar pelo menos todos os portos situados ao sul de Santos. Ademais, tem-se noticiado a existência de longas esperas em diversos outros portos brasileiros.

Mesmo assim, os importadores e exportadores que movimentam suas cargas pelo Porto de Paranaguá são os únicos que estão sofrendo a ameaça de cobrança da sobretaxa discutida neste estudo. Essa discriminação também leva à ilegalidade da cobrança. A única solução juridicamente cabível consistiria em os armadores verificarem, em cada caso concreto, qual o responsável por eventuais prejuízos incorridos e cobrar exclusivamente deste o ressarcimento porventura devido.

A discriminação de um porto específico tem outro efeito negativo, consistente no desvio de carga para portos concorrentes. Como os portos concorrem entre si (e é legítimo e desejável que o façam), o tratamento discriminatório afeta a competição, configurando possível ofensa ao direito concorrencial também sob este ângulo. O Porto de Paranaguá sofre a concorrência direta dos portos de Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Sul, nenhum deles onerado com a pretendida sobretaxa.

IV – **As decisões judiciais**

Na ação proposta pela FIEP perante a 17ª Vara Cível de Curitiba em agosto de 2010, foi concedida a liminar *"para o fim de suspender a exigibilidade da cobrança das intituladas 'sobretaxa de congestionamento' e 'sobretaxa de reposição de contêineres', obrigando as rés a realizar as operações respectivas sem a cobrança das sobretaxas, sob pena de incidirem em*

multa diária correspondente ao dobro da quantia indevidamente cobrada (§4º), sem prejuízo da adoção das medidas necessárias para a efetivação da tutela específica (§ 5º).

A decisão consignou que, *“Se há problemas com o Terminal de Contêineres de Paranaguá (TCP) ou com a própria administração do Porto (APPA), tal há de ser solucionado entre os armadores e aqueles supostos causadores dos entraves (res inter alios acta), não sendo possível aos fornecedores (réus) repassar aos consumidores os ônus decorrentes de fatos para os quais em nada contribuiram”*. Também reconheceu que *“a cobrança pode vir a configurar infração da ordem econômica em razão do prévio acertamento entre os concorrentes sobre a fixação de preços (art. 21, I e II da Lei nº 8.884/1994) e devido ao aparente aumento de preço sem justa causa concreta que o justifique (inciso XXIV)”*.

Conforme verificou a decisão, os armadores podem questionar determinadas situações, mas *“não podem é generalizar a questão e cobrar de todos os usuários, indistintamente, sobretaxas sem que haja específica e individual causa que a justifique”*.

Em tópico anterior, apontou-se que a Associação Comercial, Industrial e Agrícola de Paranaguá – ACIAP propôs ação coletiva similar perante a 2ª Vara Cível de Paranaguá. Ao deferir a medida liminar, aquele Juízo frisou que as justificativas para a instituição de sobretaxas eram insuficientes, *“na medida em que a situação do porto paranaense, em especial no que se refere ao clima, equipara-se à situação dos demais portos da região sul do Brasil”*.

A decisão também destacou que as cobranças das sobretaxas *“proporcionam aumento arbitrário de lucros”,* o que ocorre *“em detrimento das atividades desenvolvidas pelo porto e de modo geral pela própria economia paranaense, indicando possível exercício abusivo da posição dominante de tais agentes”*. Assentou que, mesmo se a instituição de sobretaxas correspondesse aos usos e costumes do serviço, *“os abusos devem ser coibidos, seja pela incidência das normas consumeristas, seja pela proteção à livre concorrência, seja para manter o equilíbrio das relações comerciais, em proteção aos princípios que regem a ordem econômica, segundo art. 170, da Constituição Federal”*. Assim, *“mesmo afastando-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação em discussão, o que não se pode admitir é que a prática comercial adotada pelos armadores ofenda sobremaneira o Direito Brasileiro e seus princípios basilares, diante da imposição de cobranças abusivas e por ora não justificadas”*. Mencionou como fundamento o art. 421 do Código Civil.

A decisão suspendeu *“a exigibilidade da cobrança da ‘sobretaxa de congestionamento’ e ‘sobretaxa de reposição de contêineres’ aos exportadores e importadores junto ao Porto de Paranaguá, devendo os réus realizar as operações respectivas sem a cobrança das referidas sobretaxas, sob pena de incidirem em multa diária correspondente ao dobro da quantia indevidamente cobrada”*. Além disso, determinou que se noticiasse a ANTAQ e o CADE a respeito das condutas dos armadores.

A decisão da 17ª Vara Cível de Curitiba já foi confirmada, de modo provisório, por despachos do eminente Desembargador ANTENOR DEMETERCO, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, que negaram efeito suspensivo aos agravos de instrumento nº 709.291-1 e 710.179-7.

Em ambos os casos, as decisões reconhecem que *“a cobrança da sobretaxa não tem previsão legal e embora alegue a Agravante que se trata de medida costumeira no meio dos transportes marítimos, tal cobrança se confere abusiva”*.

O TJPR afirmou ainda que *“a relação entre armadores e importadores e exportadores é de consumo, pois os Armadores prestam serviços de transporte marítimo, independente da mercadoria, enquanto que os importadores e exportadores se tratam de destinatários finais”*, filiando-se expressamente à jurisprudência do STJ conforme o REsp nº 302.212/RJ.

As decisões também consignaram que *“Não podem os ora Agravantes, querer impor cobrança de sobretaxa e adquirir lucros arbitrários e abusivos, a teor do artigo 39 V do CDC”,* sendo que o serviço prestado pelos armadores marítimos *“se trata de negócio sujeito a contratempus”*. Nesse sentido, *“os contratempus da profissão devem estar inseridos nos próprios riscos do negócio, o que deve ser observado pelos prestadores de serviço, ora Agravantes, de tal modo que não restou demonstrado, efetivamente, o risco de lesão grave ou de difícil reparação no presente caso”*.

Por fim, as decisões ainda destacaram que *“a cobrança das sobretaxas, pode acarretar infração da ordem econômica em razão do aparente aumento de preço sem causa concreta que o justifique, pois se trata de riscos da profissão, conforme já mensurado”*.

V – **Conclusão**

O caso das sobretaxas de congestionamento em Paranaguá permite ampla discussão doutrinária sobre os limites da fixação de tais acréscimos ao frete marítimo. Diante da inexistência de precedentes no Brasil, levará o Judiciário a examinar com profundidade as determinantes jurídicas que balizam a conduta dos agentes econômicos.

As normas do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da legislação concorrencial formam um quadro limitador da liberdade dos armadores na fixação das condições para a prestação dos seus serviços. Fatores como a justa causa no aumento de preços, a vedação ao abuso de posição dominante e a proibição ao tratamento discriminatório interferem diretamente nesta liberdade e asseguram a proteção da posição jurídica dos usuários dos serviços de transporte marítimo.

E-mail: cesar@justen.com.br

E-mail: rafael@justen.com.br

Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados

CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA

Doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Advogado em Curitiba, São Paulo e Brasília (Justen, Pereira, Oliveira & Talamini). Diretor da Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Paraná - CAIEP. Autor de diversos livros e artigos nas áreas de direito administrativo e arbitragem, com destaque para Usuários de Serviços Públicos (Saraiva, 2ª ed., 2008). Coordenador ou participante de várias obras coletivas, entre elas Parcerias Público-Privadas (RT, 2005), Arbitragem e Poder Público (Saraiva, 2010) e Infrastructure Law of Brazil (Fórum, 2010 – em inglês).

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

Mestre em Direito do Estado pela USP. Advogado em Curitiba, São Paulo e Brasília (Justen, Pereira, Oliveira & Talamini). Autor de diversos artigos na área de direito administrativo e do livro Remuneração do Concessionário (Fórum, 2010 – no prelo). Participante de diversas obras coletivas, entre elas Parcerias Público-Privadas (RT, 2005), Arbitragem e Poder Público (Saraiva, 2010) e Infrastructure Law of Brazil (Fórum, 2010 – em inglês).