



Cobrança do serviço de segregação e entrega na perspectiva do controle

O Serviço de Segregação e Entrega (SSE), também denominado *Terminal Handling Charge 2* (THC2), consiste em uma cobrança realizada pelos operadores portuários dos retroportuários em decorrência da realização de uma gama de atividades envolvendo a movimentação e armazenamento de cargas em portos. Iniciada por uma praxe de mercado, a cobrança foi regulamentada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) por meio das Resoluções Antaq nº 2.389/2012, 34/2019 e 72/2022 — esta última objeto de nossa atenção.

Em junho de 2022, apreciando uma denúncia que tramitou de forma sigilosa, o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou que a Antaq anulasse todos os dispositivos da Resolução nº 72/2022 que tratassem dessa cobrança, tendo como fundamento um possível desvio de finalidade na sua edição [1]. Para o TCU, a cobrança da SSE violaria normas de proteção à ordem econômica e as competências regulamentares da Antaq, motivando, com base em seu poder geral de cautela, a suspensão dos efeitos de todas as disposições do normativo que tratassem do tema.

A discussão e, sobretudo, os efeitos da decisão do TCU abrem um precedente relevante não somente para a temática em questão, mas para a própria relação controle-regulação, muitas vezes controvertida. Se por um lado, o próprio TCU toma o cuidado de justificar não deter competências para substituir a regulação a cargo da Antaq, os efeitos de sua atuação exacerbam, inclusive, o controle que viria a ser exercido pelo Poder Judiciário, uma vez que determina a invalidação de dispositivos de uma resolução editada por agência com competências próprias nesse tipo de regulação.

As causas da invalidação passam ao largo da importância da matéria para o setor. Apesar do mote da denúncia ser as alegadas falhas no processamento da norma, especialmente no tocante à realização de audiências públicas e análise de impacto regulatório, essas formalidades acabaram sendo objeto de simples recomendações, na medida em que sanadas pela Antaq antes mesmo da apreciação definitiva do tema pelo TCU. O debate, como se extrai do voto condutor do Acórdão nº 1.488/2022, acaba, contrariamente ao informado, se resumindo à análise de juridicidade da regulação.

TCU agiu como agência suprarreguladora

Nesse contexto, um dos principais aspectos avaliados pelo TCU diz respeito a uma possível dominação de mercado por parte dos terminais portuários e os riscos que isso traria para a livre concorrência. Avalia-se, portanto, matéria afeta à defesa da concorrência, cuja competência, detida pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), sequer havia deixado de ser exercida a ponto de abrir alguma subsidiariedade à ação do tribunal. Pelo contrário, o voto deixa claro que o Cade vinha se posicionando sobre o tema, não ficando claras as razões pelas quais o TCU precisaria intervir em problemática alheia às suas atribuições constitucionais.

Importante destacar que essa não é a primeira vez em que o TCU se envereda a avaliar temas de atribuição originária do Cade. Os processos relacionados à operação “lava jato” são exemplificativos desse tipo de abuso, nos quais, a pretexto de preservação do erário — esta, sim, competência inegável do tribunal —, avaliou-se a própria prática de cartel. Sobre a cobrança da SSE, a questão de autocontingenciamento também não é observada pelo TCU, embora do ponto de vista institucional fosse muito mais prudente invocar a atuação do Cade.

Spacca

Com relação à avaliação quanto à própria regulação da Antaq, a perspectiva não é muito diversa. Embora a denúncia que originava a atuação do TCU invocasse questões de formalização do procedimento que, em nossa visão, poderiam ser apreciadas como um exercício de competências voltadas à atuação operacional da agência, o que se vislumbrou foi o debate de mérito ou conteúdo da resolução, a sua invalidação e suspensão dos seus efeitos — esta última, inclusive, de forma nada consequencialista, como bem determinava a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [2].

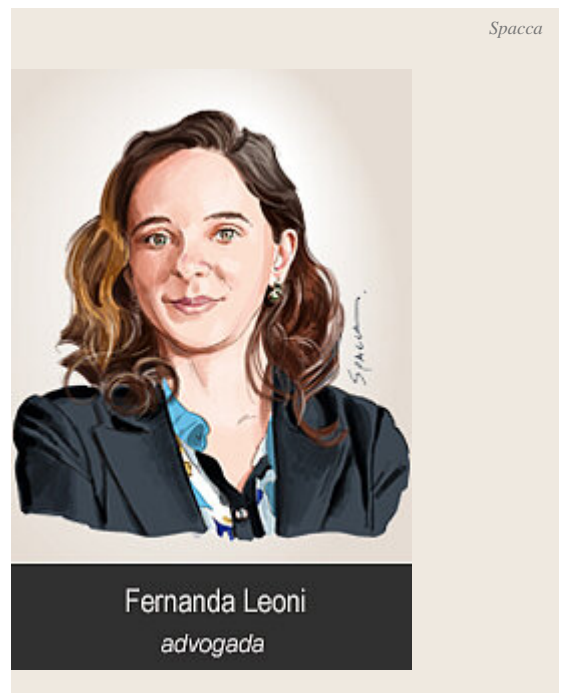
Trata-se, certamente, de típico exemplo de atuação do TCU como agência suprarreguladora, na expressão de Maurício Portugal e Eduardo Jordão [3]. Ao reconhecer a ilegalidade das resoluções que tratavam da cobrança da SSE, a Corte de Contas, a um só tempo, regula indiretamente a temática, invalida competência de terceiro que não está a ele subordinado em sua atividade-fim e impede que a agência exerça suas atribuições inerentes à resolução normativa de conflitos entre *players* de um setor de essencial relevância à infraestrutura e ao desenvolvimento econômico do país.

Destaque-se, por fim, que o tema que deveria pautar a atuação do TCU quase que passou despercebido. Ao tratar da questão de impacto de valores dessa cobrança, o acórdão analisado esclarece que “*o percentual arrecadado dessa taxa é irrelevante frente aos valores totais movimentados nos portos*”. Calcado em estudo realizado pela então Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade, não se visualizou qualquer indício de superfaturamento na cobrança, reforçando, como conclusão definitiva, que toda a análise estava voltada ao pretenso risco à competitividade.

No final, o episódio evidencia uma interferência significativa nas competências regulatórias de agência reguladora e levanta questões sobre a adequação das intervenções do TCU em assuntos que podem ser mais apropriadamente tratados por outras entidades. Por outro, a questão de maior importância, isto é, a resolução de todas as controvérsias em torno da cobrança da SSE permanece sem qualquer resolução, tendo-se, em verdade, agravado o cenário de insegurança jurídica que já se colocava, com impactos ao próprio setor portuário, que permanece afetado por essa instabilidade sistêmica.



Giuseppe Giamundo Neto
advogado e professor



Fernanda Leoni
advogada

[1] Trata-se do Acórdão nº 1.488/2022-Plenário, proferido nos autos do processo TC nº 021.408/2019-0, sob a relatoria do Ministro Vital do Rêgo.

[2] Cf.: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas”.

[3] De acordo com artigo publicado pelos autores nesta plataforma: RIBEIRO, Maurício Portugal; JORDÃO, Eduardo. *Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opiniao-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade/>. Acesso em 07/05/2024.