AS BOAS PRÁTICAS REGULATÓRIAS ADOTADAS PELA OCDE E SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA PORTUÁRIO NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O ACÓRDÃO DO TCU QUE CONSIDEROU ILEGAL A COBRANÇA DO SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES (SSE)

Carolina Martinez Pula Daltoé[1], Marcelo Sammarco[2]

RESUMO

O presente trabalho visa tecer uma análise a respeito das boas práticas regulatórias (BPR) adotadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), também conhecida como coerência regulatória e considerada o conjunto de políticas próprias relacionadas à qualidade e consistência do processo de regulação. É uma ferramenta de governança para o desenvolvimento de políticas públicas em diversos setores da sociedade.

As BPR podem ser definidas como práticas reconhecidas internacionalmente e utilizadas para aprimorar a qualidade do processo regulatório e, por consequência, aumentar a segurança jurídica, tanto no setor que está sendo regulado, quanto ao próprio Estado em si.

Em paralelo à essa realidade, tem-se o recente acórdão 1448/2022 do Tribunal de Contas da União (TCU) que de forma inesperada e, contrariando seu próprio entendimento anterior, considerou ilegal a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) gerando absoluta insegurança regulatória e jurídica no setor portuário.

O artigo pretende estabelecer a importância de um sistema regulatório seguro, baseado nas boas práticas estabelecidas pela OCDE, de maneira que o operador portuário não se torne refém de decisões intempestivas e contrárias ao bom senso comum, e que gerem de forma inoportuna e inesperada, a insegurança regulatória e jurídica do setor.

PALAVRAS-CHAVES: OCDE – Boas Práticas Regulatórias - Regulação Portuária – Infraestrutura – Segurança Jurídica.

[1] Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Santos. Professora Universitária em cursos de graduação e pós-graduação. Advogada especializada em assuntos marítimos e portuários.

[2] Advogado com atuação no Direito Marítimo, Portuário e Regulatório. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Marítimo (ABDM). Presidente da Comissão de Direito Marítimo da OAB Santos. Mestre em Direito Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos. Professor universitário.

INTRODUÇÃO

Ao se falar nas boas práticas regulatórias utilizadas no comércio exterior brasileiro, deve-se mencionar que a OCDE, organismo internacional do qual o Brasil, embora não faça parte, sempre esteve presente em instâncias de discussões, inclusive ao aderir ao maior número de instrumentos legais da Organização, estabelece internacionalmente esses processos regulatórios. Algumas dessas boas práticas regulatórias, as chamadas BPR poderão ser utilizadas de formas mais contundentes que outras, como é o caso da Análise de Impacto Regulatório (AIR), Participação Social (Consulta Pública), uso de referências internacionais, Análise de Resultado Regulatório (ARR) e gestão do estoque regulatório. Essas práticas citadas estão presentes em todos os capítulos de BPR negociadas pelo Brasil em acordos comerciais.

Deve-se ressaltar também que o mecanismo de BPR envolve a implementação das práticas regulatórias em todas as esferas do Governo (federal, estadual, municipal).

Percebe-se, portanto, que um dos principais benefícios da adoção de boas práticas regulatórias está no fato de se garantir maior eficiência, segurança jurídica, e consequente bem-estar social. Claro que, se mal utilizado, poderá gerar prejuízos ao comércio exterior como um todo.

Enquanto a OCDE tenta transmitir à comunidade internacional o conceito universal das boas práticas no ambiente regulatório como um todo, o setor portuário brasileiro vem se tornando palco para algumas decisões que contrariam o bom senso razoável, e acabam por gerar extrema insegurança jurídica e regulatória.

Mais especificamente o que emana da decisão do acórdão 1448/2022 do Tribunal de Contas da União (TCU), que determinou à ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) que anule os dispositivos da Resolução 72, que diz respeito à cobrança do Serviço de Segregação e Entrega (SSE), em uma decisão que contrariou o resultado da auditoria operacional da própria Corte, desrespeitando a recomendação da sua unidade técnica, que propôs o arquivamento da denúncia por falta de fundamento legal.

Ao se tratar de normas e regulamentos relacionados ao setor portuário brasileiro, pode-se afirmar que o arcabouço jurídico relacionado a esse tema foi desenvolvido especialmente

ao longo do último século. Contudo, faz-se importante frisar que durante um extenso período, poucas foram as alterações realizadas pelo legislador pátrio, o que criou, em muitas frentes, uma defasagem entre aquilo que acontecia no dia a dia e o que estava previsto em lei.

Percebeu-se que, a partir da década de 1990, mais precisamente com a promulgação da lei 8.630/1993, a modernização do chamado setor portuário começou a ocorrer de forma mais acelerada com o que habitualmente acontecia. A rapidez das mudanças propostas foi tamanha que os próprios operadores da área tiveram certa dificuldade em se adaptar às transformações. Dentre as novidades trazidas pela nova lei, poderiam ser citadas aquelas que afastaram o monopólio estatal da exploração portuária, com o intuito de abrir o setor à iniciativa privada, assim como a adoção de novos conceitos para otimizar a concorrência, trazendo a possibilidade de ser realizado o arrendamento portuário e a criação dos terminais de uso privativo misto.

Na esteira dos novos ares ventilados pela lei de modernização dos portos, outros ordenamentos vieram com o mesmo intuito de corroborar com as mudanças que já estavam começando a acontecer. Em 2001 foi promulgada a lei 10.233 que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), autarquia federal que tem por escopo precípuo, dentre outras finalidades, estabilizar o setor, promover concorrência, fomentar o seu desenvolvimento, criar regras e normas, dentre outras previsões mencionadas no art. 27 do referido diploma legal.

Já no ano de 2013, foi publicada a lei 12.815/2013 que revogou totalmente a lei 8.630/1990, tornando-se, desta feita, a chamada "Nova Lei de Modernização dos Portos". Algumas das novidades trazidas por esse novo diploma legal eram a delimitação das atribuições da ANTAQ e da Secretaria dos Portos; os novos critérios de licitações para concessões ou arrendamentos; a definição de que a área de um porto organizado é um bem público, assim como a eliminação dos conceitos de "carga de terceiros" e de "carga própria", propondo, desta feita, uma concorrência irrestrita pela movimentação de carga de terceiros.

Em 2020 foi promulgada a lei 14.047 como uma forma de aprimoramento regulatório do setor portuário, e que modificou a lei 12.815/13, com intuito de tornar a concorrência no setor mais acirrada.

Por fim, chega-se no presente ano de 2022 com a publicação do Acórdão 1448 do Tribunal de Contas da União (TCU) que apreciou a ilegalidade no estabelecimento da taxa denominada Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE).

O acórdão do TCU criou indesejável instabilidade regulatória ao determinar que a ANTAQ revogue dispositivos de resolução normativa que regulamentava a cobrança de serviço portuário. Além disso, o mesmo acórdão declarou o serviço (SSE) como prática ilegal *per se*, o que implica em grande insegurança jurídica.

Desta feita, a presente dissertação tem como uma de suas finalidades precípuas, além de demonstrar o desenvolvimento das boas práticas implementadas pela OCDE e aplicadas em âmbito internacional, demonstrar porque o Acórdão 1448/2022 do TCU ofende a segurança jurídica do setor que outrora já estava estabelecida, e agora, parece se desfazer diante de tal decisão burocrática, colapsando parte de um segmento tão relevante para a economia nacional, que é o setor portuário.

1. O OCDE E AS BOAS PRÁTICAS REGULATÓRIAS (BPR) NO AMBIENTE DE NEGÓCIOS INTERNACIONAL

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, assim como ocorreu com alguns organismos internacionais, surgiu após o término da Segunda Guerra Mundial. Em 1947 foi criada a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE) antecessora da OCDE. A *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD) foi criada em 1960, com sede em Paris, cuja missão precípua era promover esforços para o desenvolvimento da economia mundial e a ampliação do relacionamento comercial entre os países, em bases multilaterais e não discriminatórias.[3]

A atuação da OCDE se dá através de fóruns internacionais compostos pelos 38 países membros, em que os governos das nações economicamente mais desenvolvidas têm por objetivo superar dificuldades voltadas às questões econômicas, ambientais e sociais ocasionados pelo processo de globalização. O organismo em tela apresenta uma série de informações que servem como base para medidas de cooperação multilateral.

[3] Roberto Caparroz, Comércio Internacional e Legislação Aduaneira, p.200.

Nos ensina CAPARROZ que os principais objetivos da OCDE incluem a promoção de políticas que visem:

a) Alcançar um crescimento econômico sustentável e taxas crescentes de emprego, com a melhoria do padrão de vida dos cidadãos dos países membros e a manutenção de uma estabilidade financeira;
b) Auxiliar economias em expansão de membros e outros países em processo de desenvolvimento;
c) Contribuir para o crescimento do comércio internacional multilateral, a partir de princípios não discriminatórios.

Além de toda a importância em âmbito internacional demonstrada acima, a OCDE também detém a capacidade de emanar as chamadas "boas práticas no ambiente regulatório", também conhecidas como coerência regulatória, desenho regulatório, melhoria regulatória, boa estrutura regulatória, reforma regulatória ou boa gestão regulatória. Todas essas expressões designam as políticas próprias relativas ao processo de regulação, de maneira que essa metodologia possa ser realizada de forma transparente, e que as decisões obtidas sejam fundamentadas em todas as variantes possíveis, dada a análise de riscos que obrigatoriamente deverá ser realizada.

A origem do tema das Boas Práticas Regulatórias (BPR) na OCDE encontra seu ponto de partida nos anos de 1990, mais precisamente em 1991, quando àquela época foi criado o Grupo de Trabalho Independente de Gestão e Políticas Regulatórias (*Working Party on Regulatory Management and Reform*) da OCDE. O referido Grupo de Trabalho foi elevado ao status de Comitê de Política Regulatória em 2009.

No ano de 2012 foi aprovada a Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança da OCDE, documento de extrema importância para compreensão sobre relevância de adoção de BPR no processo regulador e, em especial no comércio exterior, além de referência para o desenvolvimento de capítulos sobre o BPR em acordos comerciais.[4]

[4] Christiane Aquino Bonomo, Boas práticas regulatórias no comércio exterior: ferramentas de governança da OCDE para redução de custos e melhoria do ambiente de negócios.

Pode-se concluir que a OCDE é um organismo internacional cujo foco de atuação é a melhoria da governança global por meio da promoção do diálogo colaborativo. "É um *think tank* [5] de boas práticas nos mais variados campos de política pública, inclusive no da política regulatória, em que a Organização é pioneira em temas afeitos à melhoria regulatória."[6]

A organização ora sob análise é precursora em temas relacionados à melhoria regulatória; ainda no mesmo esteio que garantem a cartela de inovações deste organismo, tem-se a Análise de Impacto Regulatório (AIR) que se trata de ferramenta que visa auxiliar os governos a tornar suas políticas mais eficientes, qual seja um tipo de resposta ao impacto sobre economias modernas causadas por mercados internacionais abertos e de restrições orçamentárias.

Deve-se ressaltar também que a maior parte dos instrumentos legais da OCDE não são vinculantes, ou seja, isso acarreta afirmar que nenhum país está obrigado a obedecer aos ditames propostos por essa organização, e os seus enunciados são de caráter amplo e abrangente e de boas práticas, ou seja, que podem ser cumpridos de maneira flexível, levando-se em consideração o ordenamento jurídico do país sob análise.

Vale destacar que a organização está baseada no sistema do *soft power*, qual seja, no "constrangimento moral por meio de pressão dos pares, em torno do cumprimento dos instrumentos legais acordados, o que é concretizado, principalmente, por meio da realização de revisões interpares periódicas."[7]

O termo "boas práticas regulatórias" traduz-se como um conjunto de políticas específicas relativas à qualidade e à consistência do processo de regulação.

Ora, se o próprio Tribunal de Contas da União em seus textos decisórios prevêem a possibilidade da utilização das boas práticas regulatórias trazidas pela OCDE, na qual entende-se que os órgãos públicos devem zelar pela segurança jurídica e regulatória de determinado setor, estranha-se imensamente que o próprio TCU tenha proferido

[5] "*Think tank* são instituições que desenvolvem um papel de *advocacy* para políticas públicas, além de terem a capacidade de explicar, mobilizar e articular os atores. Atuam em diversas áreas como segurança internacional, globalização governança, economia internacional, questões ambientes, informação e sociedade, redução de desigualdade e saúde".

[6] Kelvia Frota de Albuquerque (Org), Brasil, OCDE e análise de impacto regulatório.

[7] Idem.

recentemente decisão que afeta sobremaneira o setor portuário, ao trazer instabilidade em entendimento já sedimentado por outros órgãos jurisdicionais (inclusive o seu próprio) quando determinou ilegal a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega (SSE).

Ante este fato, a intenção do presente excerto é demonstrar o impacto negativo da decisão proferida pelo referido Tribunal, ao não considerar as boas práticas regulatórias da OCDE tão aclamadas por si, e as consequências que poderão reverberar no setor portuário, caso este ponto de vista passe a ser utilizado pelos operadores da área.

Para isso, far-se-á explanação a respeito do desenvolvimento da regulação do setor portuário no Brasil, uma breve diferenciação sobre o *Terminal Handling Charge* (THC) e Serviço de Segregação e Entrega de Containers (SSE), e a decisão do TCU que trouxe extrema insegurança jurídica para um assunto que já estava pacificado e agora vê-se foco de um debate que nos parece improficuo.

2. O DESENVOLVIMENTO DA REGULAÇÃO PORTUÁRIA NO BRASIL

Pode-se afirmar que o marco inicial para a regulamentação do setor portuário no Brasil foi estabelecido através da criação da lei 8.630/93, também conhecida como "Lei de Modernização dos Portos". Para entender os motivos que levaram à promulgação desse ordenamento jurídico, faz-se necessário compreender o contexto político-social que atravessava o país naquele período. A década de 1990 ficou conhecida como um tempo em que inaugurou a "Nova Abertura dos Portos Brasileiros", tal como havia ocorrido no início do século XIX, mais precisamente em 1808 com a chegada da família real ao Brasil, a até então primeira grande "Abertura dos Portos", o que acabou por transformar a outrora colônia portuguesa em sede do império.

Passados os processos de independência e a chegada da república, o Brasil havia se transformado ao longo dos séculos XIX e XX em uma nação extremamente protecionista e fechada às relações comerciais estrangeiras. Isso impactou em diversos níveis de desenvolvimento econômico, inclusive na lentidão do seu progresso industrial, por conta de diversas barreiras alfandegárias que foram criadas nesse espaço de tempo, o que teve como consequência um atraso desenvolvimentista que causa transtornos econômicos até os dias atuais.

Ao término do século XX, com o início do período de redemocratização no Brasil, inéditas possibilidades comerciais surgiam no país que clamava por expansão e acordos comerciais com as nações amigas, assim como novos parceiros mercantis deveriam ser estabelecidos. Para que isso acontecesse, contudo, não apenas bastaria o fomento estatal com o estímulo das exportações e incentivo às importações. Seria preciso que a legislação pátria estivesse estruturada de maneira que o trâmite dessas relações comerciais internacionais pudesse ser viabilizado a contento.

A forma de exploração dos portos foi ao longo do século XX totalmente concentrada nas mãos do Estado. Em 1975, com a promulgação da lei 6.222, foi criada no Brasil a Portobrás – Empresa de Portos do Brasil S/A, empresa pública vinculada ao Ministério dos Transportes.

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 alterou a estrutura administrativa também em relação aos portos e à sua exploração econômica, de acordo com o previsto nos artigos 21, XII, alínea "f" e 22, X. Era chegado o momento em que o Estado brasileiro assumia um novo papel: uma função regulatória para formular orientações, editar normas de perfil acima de tudo técnico e implementar políticas estratégicas para setores da sociedade de forma sistêmica.[8]

Era imprescindível que a infraestrutura brasileira fosse adaptada à essa nova realidade de expansão comercial. Deste modo, e para atender essa demanda político-econômica, foi promulgada a lei 8.630/1990, a tão aclamada "Lei de Modernização dos Portos".

Nesse diapasão, surgem em meados dos anos de 1990, as primeiras "Agências Reguladoras", que nas palavras de Miriam Ramoniga: "funcionam como um microssistema subsumidas a um macrossistema, o sistema legal."[9]

De acordo com a lição emanada pela professora Maria Sylvia Zanella di Pietro: "Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular matéria específica que lhe está afeita." Continua a eminente mestre ao explicar: "A lei,

[8] Paulo Renato Jucá, A regulação do setor portuário brasileiro.
[9] Miriam Ramoniga, As bases jurídicas do Direito Portuário no Brasil.

ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para colocá-las nas mãos da agência."

No caso específico das agências que tratam e cuidam da regulação da infraestrutura no setor portuário, existe a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), criada pela lei 10.233/2001, que proporcionou o surgimento do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

O artigo 27 da lei 10.233/2001 estabelece as principais atribuições da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, dentre as quais podem ser destacadas:

> "promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários; elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores".

Finalmente em 2013, no intuito de aprimorar o ambiente regulatório, assim como estimular a concorrência entre os *players* participantes do mercado, modernizar os terminais e atrair investimentos privados, foi promulgada a lei 12.815, a qual revogou de forma expressa a lei 8.630/93, qual seja, a "Lei de Modernização dos Portos" foi substituída pela "Nova Lei de Modernização dos Portos", como esta última ficou mais conhecida.

A Nova Lei de Modernização dos Portos (12.815/2013) surgiu da conversão da Medida Provisória 595/2012, que desde a sua entrada em vigor, já havia trazido inúmeros debates a respeito da regulação do setor portuário. Os principais vetos sofridos pela MP quando da sua conversão em lei à época foram aqueles que se referiam a dispositivos que tratavam da renovação e da prorrogação de concessões de portos, bem como da garantia de concorrência que o novo marco regulatório pretendia implementar.[10]

[10] Ana Cláudia Farranha (org), Nova Lei dos Portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimento.

Muitas novidades foram anunciadas com o novo diploma legal, dentre as quais podem ser citadas: a área do porto organizado como um bem público; o compartilhamento das infraestruturas, assim como a extinção dos conceitos de "carga de terceiros" e "carga própria"; tema este polêmico, pois punha fim à distinção entre terminais de uso privativo, dando origem à figura dos Terminais de Uso Privado – TUPs.

A lei 12.815/2013 é bastante técnica, e porque não dizer também complexa, pois regula a exploração feita pela União aos portos e instalações portuárias, assim como as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Ainda cabe mencionar que essa investigação poderá ser feita direta ou indiretamente pela União, e que na forma indireta a União transfere a uma pessoa jurídica a exploração dos portos e instalações portuárias.

Vale dizer que o §3º do art.1º da referida lei impõe que as concessões, os arrendamentos e as autorizações para a exploração dos portos e das instalações portuárias somente poderão ser outorgados à pessoa jurídica, e não à pessoa física. A pessoa jurídica deverá demonstrar capacidade para seu desempenho e exercerá a exploração por sua conta e risco.

Diante de tal panorama legislativo demonstrado anteriormente, a configuração da regulação do setor portuário no país já se encontrava pautada nos diplomas propostos pelo legislador ordinário, atingindo seu ápice na tão celebrada "Nova Lei de Modernização dos Portos", e com ajustes realizados por outras legislações ordinárias.

Fundamental destacar a respeito da Resolução Normativa 34/2019 da ANTAQ que realizou através de Análise de Impacto Regulatório (AIR) uma reestruturação no setor, especialmente na conceituação em torno do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), e que foi recentemente sucedida pela RN 72/2022, apenas para efeito de atualização de texto.

O art. 2º, IX da RN 34/2019 define a natureza do serviço quando aduz:

> "Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE: preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção de 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."

Complementa o art.6º, em seu § 1º: "Na entrega de cargas 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, perante o importador ou o seu representante (...)."

Contudo, no recente acórdão 1448, o qual o Tribunal de Contas da União emitiu parecer com novas orientações sobre determinados setores portuários, imensa insegurança jurídica pode ser gerada através dessa decisão, quando o Tribunal em questão tece críticas a atos de setores do porto que já tinham sua estabilidade jurídica e regulatória garantidas.

No mérito do respectivo acórdão, o TCU fundamenta que considera parcialmente as denúncias do processo, e determinou ilegal a cobrança da taxa sobre o Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE).

Curioso notar que a decisão trazida no texto do próprio acórdão relata a eventual ausência da AIR (Análise de Impacto Regulatório), esta uma das boas práticas regulatórias previstas pela OCDE e que, segundo o próprio Tribunal de Contas da União, não foi aplicado ao caso concreto quando, de acordo com o seu ponto de vista, deveria ter sido utilizada.

Assim, na medida em que o julgamento do TCU está fundamentado na alegação de ausência de Análise de Impacto Regulatório (AIR) na edição da norma, essa decisão que determina a anulação dos dispositivos da resolução da ANTAQ que regulamentam o SSE está calcada em premissa absolutamente equivocada.

Em face desta celeuma trazida pela burocracia apresentada pelos representantes do Tribunal de Contas da União, faz-se primordial esclarecer quais impactos e consequências resultariam no setor portuário, caso essas orientações fossem aceitas e acatadas como um todo.

3. DO SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA (SSE) E TERMINAL HANDLING CHARGE (THC)

A lei 12.815/13 estabelece em seu art. 27 que "as atividades do operador portuário estão sujeitas às normas estabelecidas pela ANTAQ." Já no que diz respeito à responsabilidade pela remuneração de tais serviços portuários, quando prestados em benefício das cargas em regime de importação ou exportação, a lei é omissa.

A distinção entre *Terminal Handling Charge* e Serviço de Segregação e Entrega pode ser estabelecida de acordo com a lição de SAMMARCO e CAVALINI quando ensinaram que:

> "O THC - *Terminal Handling Charge* – serviços prestados pelos operadores portuários que compreendem a movimentação de containers tanto na importação, quanto na exportação, indistintamente -, do SSE – Serviço de Segregação e Entrega de Containers, errônea e vulgarmente chamado de THC2, que incide exclusivamente nas operações de importação e somente sob demanda."[11]

Importante também frisar o conceito de box rate trazido pela ANTAQ, quando a referida agência reguladora, visando simplificar as cobranças de serviços portuários realizados de maneira indiscriminada para todas as unidades de contêineres nas operações de importação e exportação, estabeleceu a cesta de serviços de responsabilidade do transportador marítimo, ainda que realizados através de operador portuário compreendendo o THC.

Relevante mencionar que o SSE ocorre somente sob demanda, qual seja, apenas para as unidades em que há a solicitação de outro recinto alfandegado para redestinação. Caso não exista tal procura, a unidade ficará armazenada no terminal do próprio operador portuário, caracterizando serviço de armazenagem.

Finalmente, pode-se determinar que THC e SSE são serviços absolutamente distintos, vez que o THC é realizado de forma indiscriminada para todas as unidades descarregadas de

[11] Marcelo Sammarco e José Urbano Cavalini Junior, *Terminal Handling Charge* (THC) e Serviço de Segregação e Entrega de Containers (SSE) – Distinções necessárias e respectivos critérios de cobrança nos termos da regulação estabelecida pela ANTAQ.

navios e remunerados pelo transportador marítimo, enquanto o SSE é prestado exclusivamente mediante solicitação de outro recinto alfandegado, devendo ser por este remunerado.

O ponto fulcral aqui está na importação de cargas. Nas lúcidas e acertadas palavras de RAFAEL SCHWIND:

> "Os terminais portuários recebem os contêineres desembarcados dos navios. Muitas vezes os terminais retroportuários, sem berço de atracação de navios, solicitam a transferência das cargas, e alegam que a cobrança pelo SSE deveria ser impedida. Deduzem argumentos de três ordens: (1) a atividade não envolveria um trabalho efetivo; (2) o serviço já estaria pago aos armadores marítimos; e (3) os terminais portuários teriam uma posição dominante por deterem o monopólio dos berços de atracação. As alegações ignoram a realidade, já que o SSE engloba um conjunto de atividades específicas desempenhadas pelo terminal portuário. Quando recebe o navio, o terminal deve descarregar os contêineres e colocá-los na pilha para agilizar o atendimento. Assim que o navio é desatracado, o terminal emite a cobrança desses serviços contra o armador e somente então começa a segregar os contêineres de acordo com o destino de cada um deles".[12]

Em que pesem todas as definições referentes ao THC e SSE expostas acima, o Tribunal de Contas da União ao se debruçar na decisão TC 021.408/2019-0 (apenso TC 012.249/2019-0 e TC 015.453/2020-0) que tratava de denúncia relativa a indícios de ilegalidade da cobrança por Serviço de Segregação e Entrega (SSE) de mercadorias pelos terminais portuários, referendou em seu inciso IV aquilo que chamou de "Ilegalidade no estabelecimento da taxa denominada Serviço de Segregação e Entrega de Containers (SSE) na Resolução 34/2019, parte do objeto do TC 015.453/2020-0).

Afirmou o TCU que: "O debate acerca da regularidade da cobrança pelos terminais portuários (molhados) aos recintos alfandegados (terminais secos) dos serviços de segregação e entrega de containers – SSE ocorre, no mínimo há 20 anos e a edição da

[12] Rafael Wallbach Schwind, Serviço de segregação e entrega de contêiner: hora de evoluir.

Resolução 2.389/2012 pela ANTAQ foi uma tentativa de dirimir a controvérsia. Porém, não foi feliz na busca pela pacificação do assunto."

Deve-se refletir sobre o fato de ser o Tribunal de Contas da União um órgão que não apresenta competência para deliberar de modo a alterar um sistema que já tem os seus alicerces formados, qual seja, sua própria legislação, pois, quando o TCU declara que a cobrança de SSE representaria cobrança ilegal *per se*, o referido Tribunal ultrapassa seu arcabouço de competências e passa a deliberar além do que lhe é próprio, vez que seria atribuição do legislador ordinário normatizar tal assunto.

São percepções que fragilizam ainda mais um sistema que já se encontra em estado de vulnerabilidade, dadas as alterações emanadas por órgãos que não detém a capacidade originária para tais ações.

Ao se analisar o artigo 71 da Constituição Federal de 1988, que trata especificamente sobre a competência do TCU, não se observa em nenhum dos incisos que o douto Tribunal será responsável pela modificação da legislação em vigor, seja através de acórdão ou de qualquer outra hipótese.

O próprio Tribunal de Contas da União, em seu site institucional, ao definir as suas competências estabelece que: "O Tribunal é responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade e economicidade."[13]

Ora, se o próprio TCU não reconhece a sua competência na criação de quaisquer normas, não nos parece prudente delegar que tal órgão seja o detentor desta função, de forma indiscriminada e inapropriada, o que a nosso entender demonstra gerar consequências infrutíferas e desastrosas.

[13] Disponível em http:// https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/#:~:text=O%20Tribunal%20%C3%A9%20respons%C3%A1vel%20pela,%C3%A0%20legalidade%2C%20legitimidade%20e%20economicidade.

Interessante notar que, embora o TCU de forma surpreendente e inesperada tenha se manifestado contrário à cobrança do SSE, outros tribunais já pacificaram o tema, como é o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando proferiu na Ação Rescisória nº 2046452-39.2020.8.26.0000 a decisão que declarava:

> "Por um lado, conclui o acórdão rescindendo que a prestação dos serviços de segregação e entrega da carga aos recintos alfandegados constitui serviço à parte, que não integra os serviços de movimentação de carga a que se refere a chamada "Cesta de Serviços" ("Box Rate", paga pelo armador. É o que se retira desse trecho do acórdão rescindendo: (...) Por assim dizer, resta evidente que, no caso de importação de cargas, tanto o "Box Rate" pago pelo armador, como o THC pago pelo armador, se encerra na colocação do container na pilha do terminal portuário. Dito desta forma, se o serviço for prestado graciosamente apenas para os terminais alfandegados, conforme havia sido determinado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, aí sim haverá ofensa do direito de concorrência, na medida em que será mais vantajoso ao importador contratar o serviço de armazenagem e desembaraço aduaneiro do terminal alfandegado, que não terá o custo do serviço de segregação e entrega de containers.
>
> Por conta disso é forçoso reconhecer que há efetivamente prestação de serviço por parte da ré, que, alocando maquinário e pessoal próprios, tem custos daí gerados, o que impõe a cobrança da tarifa discutida nestes autos, conforme ficou regulamentado pelas autoridades administrativas (ANTAQ/CODESP) e decidido pela Justiça Federal e Estadual.
>
> Não há como se inferir da conclusão acima exposta qualquer afronta direta aos artigos. 26, inciso VII, e 40, §1º, inciso I, ambos da chamada "Lei dos Portos."

A decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União tomou o setor portuário e os operadores da área de assombro, pois revelou-se uma orientação completamente contrária ao entendimento comum que já estava sedimentado a um longo tempo, pelo próprio Tribunal, inclusive.

Utilizamo-nos das palavras de Caio Morel, quando afirmou que: "esta nova decisão intempestiva do TCU é incompreensível para os investidores."[14]

Deve-se ressaltar neste diapasão que, essa decisão totalmente inusitada e intempestiva do TCU causa grave tensão no setor, vez que os *players* do mercado internacional, qual seja, os investidores nacionais e estrangeiros ficam sem saber o que esperar em um cenário de absolutas incertezas, e o mais grave que é a insegurança jurídica e regulatória.

Beira o inadmissível que o Plenário do TCU tenha determinado à ANTAQ que anulasse os dispositivos da Resolução 72/2021 que diziam respeito à cobrança do Serviço de Segregação e Entrega.

Vale relembrar que em junho de 2021 foi assinado Memorando de Entendimentos entre ANTAQ e CADE, como forma de tentar dirimir eventuais contradições e incompreensões que existiam entre os referidos órgãos, no tocante à cobrança do SSE. Ficou acordado à época que o serviço deveria sim ser cobrado, e o próprio TCU entendeu que não existia ilegalidade na edição das normas da ANTAQ que disciplinam a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega pelos terminais de contêineres brasileiro – Resolução 2.389/2012, que dentre algumas sucessões, acabou gerando a Resolução 72/2021, essa agora rechaçada pelo referido Tribunal.

Oportuno mencionar que o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE realizou estudo pormenorizado acerca da cobrança do SSE, no qual concluiu que: "a proibição da cobrança do SSE pelos órgãos reguladores desincentiva importantes investimentos nos terminais de contêineres."

[14] Caio Morel, Insegurança jurídica e regulatória.

Compactuamo-nos uma vez mais da opinião de MOREL, quando este entendeu que:

> "Esta nova decisão intempestiva do TCU é incompreensível para investidores nacionais e estrangeiros e certamente prejudica o ambiente para novos investimentos em terminais de contêineres em nosso país, seja na modernização e aumento da capacidade dos terminais em operação, seja na contratação de novos empreendimentos. Estamos vivendo um período desafiador no transporte de contêineres em todo o planeta e os governos das maiores economias do mundo alocam trilhões de dólares em exames de capacidade e melhorias em toda a cadeia logística, pois entendem que a expansão de infraestrutura é a única resposta para enfrentar os problemas existentes."[15]

Uma decisão como essa do TCU, eivada de contradições e inconsistências jurisdicionais, serve apenas para desestabilizar um setor fundamental na economia brasileira, como é o setor portuário, peça fundamental na infraestrutura nacional, geradora de inúmeros empregos, e que movimenta importante vulto dos investimentos internacionais que chegam até o país.

Em um momento em que o mundo atravessa e tenta se reestabelecer de uma pandemia planetária que enfraqueceu a economia de praticamente todas as nações, faz-se absolutamente desnecessário que sejam criadas incertezas fulcradas em decisões precipitadas e que não corroboram com o movimento econômico que busca acalmar a economia brasileira.

Ao término desse excerto surpreende-nos sobremaneira a recentíssima decisão da ANTAQ, dada através do Acórdão 409/2022 publicado no Diário Oficial da União em 28 de julho de 2022 que decidiu "suspender cautelarmente dispositivos da Resolução da ANTAQ nº72/2022, em decorrência da edição do Acórdão 1448/2022" e que decide "***suspender todas as cobranças relativas ao Serviço de Segregação e Entrega de***

[15] Idem.

contêineres (SSE) por parte das instalações portuárias reguladas, com aplicação imediata." (grifo nosso).

Assim, a ANTAQ coaduna-se ao entendimento proferido pelo TCU e suspende de forma imediata as cobranças relativas ao SSE em todo o território nacional, corroborando para tornar o sistema regulatório portuário ainda mais inseguro e incerto para investimentos nacionais e estrangeiros.

CONCLUSÕES FINAIS

Ao se traçar um paralelo entre as boas práticas regulatórias emanadas e estimuladas pela OCDE, e a situação atual do setor portuário brasileiro, buscou-se compreender a importância da utilização adequada de uma ferramenta de governança para o desenvolvimento de políticas públicas dos mais distintos setores da sociedade.

Oportuno reforçar que as boas práticas fixadas pela OCDE para assegurar a segurança jurídica no mercado regulado, o que passa pela harmonia entre os órgãos reguladores e pela ausência de sobreposição regulatória. No caso, a decisão do TCU está no sentido contrário às boas práticas, na medida em que estabelece sobreposição regulatória e abre divergência entre os órgãos reguladores.

A decisão proferida recentemente pelo Tribunal de Contas da União ao considerar ilegal a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) transforma em areia movediça um terreno que já se encontrava estável, sedimentado inclusive por entendimentos anteriores do próprio Tribunal. O novíssimo Acórdão proferido pela ANTAQ que suspende a cobrança de SSE em todo o território nacional, só traz mais instabilidade e medo ao setor.

Se a sociedade como um todo espera mais eficiência dos fluxos logísticos, deve cobrar a estabilidade das relações jurídicas, no sentido de garantir a segurança regulatória tão almejada e necessária para as boas relações estabelecidas entre os *players* do mercado.

Posicionamo-nos absolutamente contrários às recentes decisões do TCU e da ANTAQ que determinaram ilegalidade na cobrança no SSE, vez que o referido serviço não se confunde com THC, nem tampouco com nenhum outro, conforme pretendeu-se demonstrar ao longo do presente ensaio acadêmico.

Em nenhum estudo realizado ficou demonstrado que a cobrança do SSE tenha se mostrado uma barreira para a perfeita operação dos terminais, muito pelo contrário, em algumas localidades o número de terminais retroportuários cresce a cada ano.

Desta feita, compactuamos do entendimento que é imprescindível uma revisão absoluta dos recentes acórdãos emanados pelo TCU e pela ANTAQ, os quais propõem ser ilegal a cobrança de SSE. Essa reanálise é essencial para que os investimentos nacionais e estrangeiros continuem ocorrendo no setor portuário, sem receio de uma eventual modificação causada no mercado, gerando insegurança jurídica e regulatória. A economia do país precisa voltar a crescer, o setor portuário precisa ser fomentado, e isso só será possível se os *players* do mercado encontrarem um ambiente favorável no qual sintam-se seguros em investir, e não estejam amedrontados por um decisões que causem receio e instabilidade jurídica e regulatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Kelvia Frota (org). Brasil, OCDE e análise de impacto regulatório. Disponível em: http:// chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://extranet.economia.gov.br/wp-content/uploads/2020/10/Brasil-OCDE-e-analise-de-impacto-regulatorio.pdf. Acesso em 20 de julho de 2022.

BESERRA, Benjamin Gallotti. Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário. Brasília: Gráfica Alpha, 2005.

BOGÉA, Daniel. O controle do TCU sobre setores de infraestrutura. Disponível em http:// https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-controle-do-tcu-sobre-setores-de-infraestrutura-13072022. Acesso em 18 de julho de 2022.

BONOMO, Christiane Aquino. Boas práticas regulatórias no comércio exterior: ferramenta de governança da OCDE para redução dos custos e melhoria do ambiente de negócios. Disponível em: http: https://funcex.org.br/info/rbce-147-abril-maio-junho-2021/boas-praticas-regulatorias-no-comercio-exterior-ferramenta-de-governanca-da-ocde-para-reducao-dos-custos-e-melhoria-do-ambiente-de-negocios. Acesso em 18 de julho de 2022.

CAPARROZ, Roberto. Comércio Internacional e Legislação Aduaneira. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo.35ªed. São Paulo: Forense, 2022.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. Afinal, o que é um *think tank* e qual a sua importância para políticas públicas no Brasil? Disponível em http:// https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/afinal-o-que-e-um-think-tank-e-qual-e-a-sua-importancia-para-politicas-publicas-no-brasil. Acesso em 25 de julho de 2022.

FARRANHA, Ana Cláudia, FREZZA, Conrado da Silveira e BARBOSA, Fabiana de Oliveira. Nova Lei dos Portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimentos. Disponível em: http:// https://www.scielo.br/j/rdgv/a/N6n4LCcpf6sQ7nr9NXr9Y4f/?lang=pt. Acesso em 19 de julho de 2022.

IMPRENSA. TCU identifica oportunidades de melhoria no Plano Nacional de Logística 2035. Disponível em http:// https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-identifica-oportunidades-de-melhoria-no-plano-nacional-de-logistica-2035.htm. Acesso em 19 de julho de 2022.

JUCÁ, Paulo Renato. A regulação do setor portuário brasileiro. Disponível em http:// https://br.lexlatin.com/opiniao/regulacao-do-setor-portuario-brasileiro. Acesso em 18 de julho de 2022.

MOREL, Caio. Insegurança Regulatória e Jurídica. Jornal A Tribuna.

RAMONIGA, Miriam. As bases jurídicas do Direito Portuário. Disponível em: http: hromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/miriam_ramoniga.pdf. Acesso em 19 de julho de 2022.

SAMMARCO, Marcelo e CAVALINI JUNIOR, José Urbano. *Terminal Handling Charge* (THC) e Serviço de Segregação e Entrega de Contêiners (SSE) – Distinções necessárias e respectivos critérios de cobrança nos termos da regulação estabelecida pela ANTAQ. Disponível em http:// https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-maritimas/363935/thc-e-sse--distincoes-e-criterios-de-cobranca-pela-regulacao-antaq. Acesso em 22 de julho de 2022.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Serviço de segregação e entrega de contêineres: hora de evoluir. Disponível em http://ttps://www.sopesp.com.br/2020/08/19/servico-de-segregacao-e-entrega-de-conteineres-hora-de-evoluir/. Acesso em 21 de julho de 2022.