

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 004.662/2014-8 [Apensos: TC 011.466/2018-9, TC 020.724/2017-9, TC 031.673/2015-5, TC 003.505/2017-0, TC 008.218/2016-1, TC 029.778/2016-6]

Natureza: Embargos de Declaração em Pedido de Reexame em Denúncia.

Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq.

Embargante: Centro Nacional de Navegação Transatlântica (CNPJ 33.109.000/0001-83).

Interessados: André de Seixas Ponce Alves (CPF 044.462.427-92).

Representação legal:

Andrea Fabrino Hoffmann Formiga (18.575/OAB-SP) e outros, representando o Centro Nacional de Navegação Transatlântica; e Alexandre Dalfior de Figueiredo, representando a Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

SUMÁRIO: DENÚNCIA. POSSÍVEIS OMISSÕES NA ATUAÇÃO DA ANTAQ. AUMENTO ALEGADAMENTE ABUSIVO DE TARIFAS NO TERMINAL LIBRA RIO. OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO DO CARÁTER DE RESSARCIMENTO DOS VALORES COBRADOS A TÍTULO DE THC. OMISSÃO NA ORDENAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA NAVEGAÇÃO DE LONGO CURSO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO 1.439/2016-PLENÁRIO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DAS FALHAS APONTADAS. REJEIÇÃO. DETERMINAÇÃO. PEDIDOS DE REEXAME APRESENTADOS PELA ANTAQ E PELO Centronave. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO Centronave. PETIÇÃO APRESENTADA PELO INTERESSADO. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS. NÃO PROVIMENTO.

## RELATÓRIO

Trata-se de embargos declaratórios opostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica (peça 152) em face do Acórdão 923/2019-Plenário, o qual apresenta a seguinte redação:

*“9.1. conhecer dos pedidos de reexame interpostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq contra o Acórdão 1.439/2016 – Plenário, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;*

*9.2. alterar a redação do item 9.3 do Acórdão 1.439/2016 – Plenário, que passa a ser a seguinte:*

*“9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:*

9.3.1. informe a este Tribunal, em 15 (quinze) dias, de forma fundamentada e acompanhada de evidências:

9.3.1.1. se a cobrança de novos serviços previstos nos itens A e F.4 da tabela de preços da Libra Terminal Rio S.A., de 25/2/2014, está em conformidade com todas as exigências estipuladas no item 5 da Cláusula Vigésima-Primeira do Contrato de Concessão e, caso encontre irregularidades, determine a suspensão das referidas cobranças, após ouvida a interessada;

9.3.1.2. se o prazo adotado para as faixas da cobrança das tarifas progressivas para os períodos de armazenagem previstos no Edital de Notificação de 24/2/2014:

(i) é compatível com os prazos demandados no porto para desembarço aduaneiro, fitossanitário e/ou outras exigências legais que preveem a manutenção da mercadoria no local; e

(ii) está em conformidade com as exigências do item 5 da Cláusula Vigésima-Primeira do Contrato de Concessão e com a equação econômico-financeira da concessão e, caso encontre irregularidades, determine as correções necessárias, após ouvida a interessada;

9.3.2. em um prazo de 60 dias, apresente a esta Corte de Contas um plano de ação detalhado com o objetivo de coibir abusos e, em especial, garantir o respeito ao caráter de ressarcimento expressamente atribuído pela agência reguladora a THC, assegurando que o valor dispendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários;

9.3.3. em um prazo de 60 dias, informe a este Tribunal os resultados obtidos em decorrência das fiscalizações empreendidas após a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017, no que concerne à detecção e apuração de eventuais abusos praticados pelos armadores, informando se foram efetivamente aplicadas sanções;

9.3.4. em um prazo de 90 dias, elabore e divulgue amplamente a relação de serviços mínimos que devem ser suficientes para atender às necessidades dos usuários, com o fito de padronizar as rubricas dos serviços básicos prestados pelos terminais de contêineres, definir as diretrizes acerca dos serviços inerentes, acessórios ou complementares, minimizar a ocorrência de práticas abusivas e conferir a necessária transparência;

9.3.5. requiera dos arrendatários o encaminhamento para a Antaq dos dados relativos aos custos incorridos na prestação dos serviços mencionados no item anterior deste acórdão, com o fito de avaliar a eficiência da operação portuária;

9.3.6. em um prazo de 60 dias, encaminhe a este Tribunal um plano de ação detalhado referente à atuação da agência com vistas a assegurar, em conformidade com o disposto no art. 11, V, da Lei 12.233/2001, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência;

9.3.7. em cumprimento ao disposto no art. 178 da Constituição Federal, institua procedimento que ateste e assegure que os armadores e as empresas de navegação de países que firmaram acordos bilaterais com o Brasil estão cumprindo as regras estabelecidas nesses acordos, em especial no que concerne à observância da reciprocidade, dando ampla publicidade aos resultados desse procedimento;

9.3.8. institua procedimento que ateste e assegure que os armadores e as empresas de navegação, que atendem aos portos brasileiros, independentemente da existência de acordos bilaterais entre o Brasil e os respectivos países de origem, estão respeitando os direitos dos demais agentes setoriais e prestando um serviço adequado, em especial aos usuários, dando ampla publicidade aos resultados desse procedimento;

9.3.9. em um prazo de 60 dias, apresente ao TCU um plano de ação detalhado com vistas ao atendimento das determinações contidas nos itens 9.3.7 e 9.3.8 deste acórdão;

9.3.10. com fulcro no art. 20, II, alínea "b", da Lei 10.233/2001 e no princípio da promoção do desenvolvimento econômico e social previsto no art. 11 da mesma lei, apresente, em 90 (noventa) dias, plano de ação voltado à regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade, contemplando, dentre outras questões que considere pertinentes: o registro de armadores estrangeiros; o registro de preços de frete, extra-frete e demais serviços; estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros e

normas para aplicação de sanção aos armadores estrangeiros em caso de omissões injustificadas de portos;

9.3.11. em 180 (cento e oitenta) dias, realize estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THC cobradas dos usuários brasileiros, nos termos do art. 27, inciso II, da Lei 10.233/2001, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários;

9.3.12. em 15 (quinze) dias, encaminhe cópia do processo administrativo que tratou da nova tabela adotada pelo arrendamento portuário Libra Terminal Rio S.A. (Libra), de 13/1/2014, informe se havia prazo para entrada em vigor daquela tabela, remeta a lista dos usuários que pagaram os valores abusivos, caso sua vigência tenha se iniciado no próprio dia 13/1/2014, e informe se houve algum ressarcimento por valores eventualmente pagos na vigência dessa tabela;”

9.3. conhecer como mera petição a peça intitulada “Carta ao Ministro ad quem”, que foi apresentada pelo Sr. André de Seixas Ponce Alves;

9.4. determinar à Seinfra PortoFerrovia que:

9.4.1. tão logo receba os planos de ação mencionados nos subitens 9.3.2, 9.3.6, 9.3.9 e 9.3.10 deste acórdão, analise esses documentos e se manifeste sobre sua adequação aos objetivos e resultados almejados pelo TCU com a expedição das determinações em tela, encaminhando à Ministra Ana Arraes a referida manifestação;

9.4.2. monitore o atendimento tempestivo às determinações contidas nos subitens 9.3.3, 9.3.4 e 9.3.11 deste acórdão; e

9.4.3. verifique se a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017 atendeu ao comando exarado no item 9.3.10 do acórdão recorrido, com a redação e a numeração conferidas pelo presente decisum;

9.5. determinar à Seinfra PortoFerrovia que, após a aprovação pelo TCU dos planos de ação acima mencionados, monitore, findos os prazos previstos nesses planos, a implementação das medidas neles previstas e os resultados comprovadamente alcançados, encaminhando à Ministra Ana Arraes o resultado dessa análise; e

9.6. dar ciência deste Acórdão à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, ao Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave e ao Sr. André de Seixas Ponce Alves.”

2. Irresignado, o Centronave opôs embargos de declaração, com o seguinte teor:

“CENTRO NACIONAL DE NAVEGAÇÃO TRANSATLÂNTICA (“Centronave” ou “Embargante”), com novo endereço em Rua Bacaetava nº 191, Sala 302, Vila Gertrudes (conforme Ata de Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 02/04/2019, devidamente registrada em cartório e apresentada como Documento Anexo 01), por seus procuradores que este subscrevem, vem, respeitosa e tempestivamente à presença de Vossa Excelência, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com fundamento nos artigos 277 e 287 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (“TCU”), para trazer à apreciação de Vossa Excelência importantes obscuridades, omissões e contradições identificadas no r. Acórdão nº 923/2019 (“Acórdão”), nos termos que se seguem.

### 1. TEMPESTIVIDADE

O Regimento Interno do TCU, em seu artigo 287, § 1º, determina que o prazo para oposição de embargos de declaração é de 10 (dez) dias, contados do recebimento da notificação ou da publicação do acórdão no Diário Oficial da União, conforme dispõe o artigo 183 do Regimento Interno do TCU.

O artigo 185, §§ 1º e 2º, por sua vez, estabelece que na contagem dos prazos “excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento”, bem como que “se o vencimento do prazo recair em dia que não houver expediente, o prazo será prorrogado para o primeiro dia útil imediato”.

No caso, o Acórdão foi publicado no Diário Oficial da União em 08/05/2019. Logo, o prazo para oposição dos presentes Embargos teve início no dia 09/05/2019 (quinta-feira) e se esgota no dia 20/05/2019 (segunda-feira).

Portanto, os presentes Embargos de Declaração são tempestivos.

## LEGITIMIDADE DO Centronave PARA OPOSIÇÃO DOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

*O artigo 287, § 1º, do Regimento Interno do TCU dispõe que os embargos de declaração poderão ser opostos por escrito "pela parte ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal".*

*No caso, em despacho proferido por Vossa Excelência em 16/11/2016, foi deferido o ingresso do Centronave nesses autos. Consequentemente, foi conhecido o pedido de reexame interposto pelo Centronave (juntamente com o recurso da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - "ANTAQ") contra as determinações constantes do Acórdão nº 1.439/2016.*

*O ingresso do Centronave nos presentes autos teve por base os seguintes fatores: "o Centronave representa os interesses de parte significativa dos principais armadores nacionais e estrangeiros" e "as determinações exaradas no Acórdão 1439/2016— Plenário podem afetar diretamente os interesses das empresas associadas ao Centronave".*

*No mérito, em sessão realizada em 24/04/2019, os Ministros do TCU deram parcial provimento ao pedido de reexame do Centronave, de modo a modificar o Acórdão nº 1.439/2016, nos termos do Acórdão ora embargado. Ao final, o item 9.6 do Acórdão determinou a notificação do Centronave.*

*Dito isso, e considerando (i) que o Acórdão foi proferido em atendimento parcial ao pedido de reexame do Centronave, (ii) que o Centronave representa os interesses de uma parte significativa dos principais armadores que atuam nos portos brasileiros e (iii) que as determinações exaradas no Acórdão afetam diretamente os interesses das empresas associadas ao Centronave, conclui-se que o Embargante possui legitimidade para a oposição dos presentes Embargos de Declaração.*

## MÉRITO: OBSCURIDADES, CONTRADIÇÕES E OMISSÕES NO ACÓRDÃO EMBARGADO

*O artigo 287 do Regimento Interno do TCU dispõe que cabem embargos de declaração contra acórdão do Tribunal para (i) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição e (ii) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o ministro.*

*À luz das hipóteses de cabimento previstas no Regimento Interno, o Embargante demonstrará a seguir que o Acórdão ora embargado contém obscuridades e contradições, que resultam na oposição dos presentes Embargos de Declaração, conforme autoriza o artigo 287 do Regimento Interno do TCU, e que levam à necessidade de modificação do Acórdão, conforme autoriza o § 7º do mesmo diploma legal.*

*(1) Obscuridade: obscuridade no que diz respeito ao fundamento utilizado pelo Tribunal para determinar que a ANTAQ assegure que "o valor dispendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários" (item 9.3.2 do Acórdão), especialmente considerando que o voto reconhece que a THC "não possui natureza de tarifa portuária, mas de preço praticado entre particulares, que é estabelecido com base em tarifas cobradas pelo operador portuário em razão dos serviços prestados ao armador" (parágrafo 33 do Voto)*

*O item 9.3.2 do Acórdão embargado determina que a ANTAQ assegure que "o valor dispendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários". Essa determinação tem por base o fato de que "o Terminal Handling Charge cobrado em face dos importadores, exportadores e consignatários de carga extrapolaria a quantia efetivamente paga pelos armadores aos operadores portuários. Dessa forma, estaria sendo violada a natureza de ressarcimento da THC" (parágrafo 14 do Voto).*

*Entretanto, com todo o respeito, não está claro qual foi o fundamento jurídico apto a justificar tal determinação à ANTAQ. Mais especificamente, com o objetivo de justificar a determinação contida no item 9.3.2 do Acórdão, o Voto faz referência à Resolução nº 2.389, de 13 de fevereiro de 2012, da ANTAQ, que regula o procedimento de cobrança da THC.*

*Nos termos do Voto, a Resolução nº 2.389/2012 dispõe que a THC corresponde a "preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas" (parágrafo 12 do Voto) e que tal preço "poderá ser cobrado pela empresa de navegação, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme*

o caso, a título de ressarcimento das despesas assumidas com a movimentação das cargas ao operador portuário, ou seja, a Cesta de Serviços (Box Rate)" (parágrafo 13 do voto).

No entanto, a Resolução n° 2.389/2012 não contém qualquer disposição apta a justificar o entendimento adotado pelo Tribunal no item 9.3.2 do Acórdão no sentido de que os preços cobrados pelos armadores a título de THC devam corresponder exatamente aos valores cobrados pelos terminais portuários a título de Cesta de Serviços (Box Rate).

De fato, o art. 30 da Resolução n° 2.389/2012 apenas permite ao armador cobrar a THC diretamente dos usuários para se "ressarcir" de despesas assumidas com a movimentação das cargas pagas ao operador portuário. No entanto, o termo "ressarcimento" previsto na Resolução n° 2.389/2012 não tem o sentido de "reembolso", sendo que o primeiro pressupõe o ato de efetuar uma indenização/reparação/compensação por algum prejuízo causado, enquanto o segundo envolve o recebimento de um investimento ou gasto. Isto é, o valor de "ressarcimento" pode ser menor, igual ou maior ao valor do prejuízo sofrido pela parte ressarcida, enquanto o "reembolso" pressupõe o recebimento de volta de um valor exatamente igual àquele despendido em um momento anterior, visando recompor um "status quo" anterior (o que não é o caso).

Ou seja: com base na Resolução n° 2.389/2012, não há fundamento jurídico para o entendimento adotado no Acórdão de que "o valor despendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários", uma vez que a THC não tem por objetivo "reembolsar" os armadores.

Aliás, reitera-se que há uma impropriedade na utilização do termo "ressarcimento" pela Resolução n° 2.389/2012, uma vez que a THC não é decorrência de qualquer dano verificado pelos armadores. O valor cobrado a título de THC representa um valor conjuntamente fixado e negociado entre particulares (armadores e usuários), utilizando-se como base o valor do serviço de movimentação horizontal de mercadorias pago pelo armador ao terminal portuário em cada caso concreto.

Tal entendimento do Centronave é, inclusive, reconhecido no Voto proferido por Vossa Excelência, nos seguintes termos:

"30. O valor a ser cobrado a título de Taxa de Movimentação no Terminal é fixado por meio de uma negociação entabulada pelas empresas marítimas e pelos terminais portuários. Tendo em vista que os termos desse contrato são resguardados pelo sigilo comercial, não há publicidade em relação à composição da THC praticada por cada armador.

31. Cabe esclarecer que, consoante informado pelo Diretor-Geral da Antaq, a quase totalidade dos contratos de importação é realizada na modalidade CIF (Cost, Insurance and Freight ou Custo, Seguro e Frete). Nessa modalidade, o vendedor ou embarcador da carga se responsabiliza pelo custo do frete até a entrega ao cliente. Assim sendo, o valor do frete, incluindo a THC, é acertado pelo exportador e pelo armador.

32. Aduzo que a Taxa de Movimentação no Terminal aplicável numa determinada operação de importação, por exemplo, varia em função da empresa de navegação responsável pelo transporte marítimo e do terminal portuário escolhido por ela para o desembarque das mercadorias.

33. Com essa configuração, a THC não possui a natureza de tarifa portuária, mas de preço praticado entre particulares, que é estabelecido com base em tarifas cobradas pelo operador portuário em razão dos serviços prestados ao armador."

Aliás, reitera-se que a própria ANTAQ já reconheceu a impropriedade na utilização do termo ressarcimento, apontando a "imprecisão lógica e jurídica em tratar a THC como se ressarcitória fosse eis que ressarcimento pressupõe um dano aue não existe **ex ante** nem tampouco com valor abstratamente considerado. Se de dano se cuidasse, decerto deveria ostentar valor econômico líquido e certo, concretamente aferido, e não oscilar nem tampouco ser objeto de contratação em regime de preço e liberdade contratual".

Portanto, o valor da THC corresponde a um preço livremente pactuado entre particulares (armador e usuário), fixado por meio de uma negociação, o qual é definido em cada caso concreto

levando em consideração os valores pagos pelos armadores aos operadores portuários em razão dos serviços de movimentação de cargas prestados aos armadores.

Ou seja, o valor cobrado pelo armador a título de THC é previamente estabelecido, em comum acordo, entre o armador e o usuário que contrata o serviço de transporte marítimo, e tem por base os valores pagos pelos armadores aos operadores portuários (sem necessariamente corresponder a preços idênticos).

Além de tais argumentos, resta destacar que a Resolução nº 2.389/2012 tem aplicabilidade restrita apenas e tão somente às Instalações de Uso Público, nos Portos Organizados, não tendo qualquer eficácia em relação aos Terminais de Uso Privativo ou outros fora da área do Porto Organizado, o que torna ainda mais claro o caráter mercantil e comercial da THC.

Diante disso, verifica-se que não está claro no Acórdão qual foi o fundamento utilizado pelo Tribunal para a determinação contida em seu item 9.3.2.

(2) *Obscuridade: obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de "estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário — IBPT" para justificar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão, sem que conste nos autos qualquer informação sobre o referido "estudo". O Centronave não teve acesso ao referido "estudo" ou ao seu conteúdo.*

Ainda com relação ao item 9.3.2 do Acórdão, o Voto faz referência a um "estudo" elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), segundo o qual "o valor da THC e da THC2 somados corresponde a 54,44%" do custo do frete marítimo (parágrafo 21). Com base no "estudo" em questão, Vossa Excelência conclui que "o valor da Taxa de Movimentação no Terminal é um componente relevante do custo do frete marítimo".

No entanto, não consta nos autos o referido "estudo" do IBPT que foi utilizado pelo Tribunal para fundamentar a determinação contida no item 9.3.2 do Acórdão, de modo que o Centronave não teve acesso aos fatores que foram levados em consideração pelo Tribunal na elaboração do Acórdão. Também não consta nos autos qualquer informação detalhada sobre o "estudo" em questão, tais como data de elaboração, local de publicação, nome do "estudo", nome do responsável pela elaboração, dentre outros fatores essenciais à localização e à devida contextualização do "estudo" mencionado no Voto.

Portanto, com todo o respeito, não há clareza quanto ao "estudo" utilizado por este Egrégio Tribunal para fundamentar suas conclusões, uma vez que o Centronave não teve acesso ao referido documento e se vê impossibilitado de analisar (e, eventualmente, de contestar) esse "estudo".

(3) *Obscuridade: obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ em "recente audiência" para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão, sem que conste nos autos qualquer documento atestando a realização dessa "recente audiência" ou o que teria sido informado pelo Diretor-Geral da ANTAQ nessa oportunidade.*

Com o objetivo de fundamentar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão, o Voto faz referência à "recente audiência" com o Diretor-Geral da ANTAQ Mário Povia, durante a qual o mesmo "reconheceu que o pleito das associações de usuários é justo e informou que a agência já está adotando providências visando coibir eventuais abusos praticados pelos armadores".

No entanto, não há qualquer documento nos autos com relação à referida "recente audiência" realizada com a ANTAQ ou sobre as informações que teriam sido transmitidas pela ANTAQ naquela oportunidade. Com efeito, o Centronave sequer teve acesso à data na qual a audiência ocorreu, à ata da audiência, ao contexto na qual a audiência foi realizada, aos seus participantes, dentre outros dados essenciais à contextualização da audiência que foi utilizada pelo Tribunal para fundamentar suas conclusões com relação ao item 9.3.2 do Acórdão.

Portanto, o Centronave respeitosamente entende que não há clareza no Acórdão quanto à "audiência" mencionada por este Egrégio Tribunal para fundamentar suas conclusões, uma vez que o Centronave não teve acesso a qualquer informação essa "audiência".

(4) *Obscuridade: obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.4 do Acórdão, sem que conste nos autos qualquer documento sobre o conteúdo ou o contexto no qual tais informações foram transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ.*

*O item 9.3.4 do Acórdão determina que a ANTAQ estabeleça uma "relação de serviços mínimos que devem ser suficientes para atender às necessidades dos usuários", de modo a definir uma "composição básica da THC". Para elaboração dessa determinação, o Tribunal levou em consideração uma série de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ ao TCU, conforme fica claro dos seguintes trechos do voto condutor da decisão embargada:*

*"31. Cabe esclarecer que, consoante informado pelo Diretor-Geral da Antaq, a quase totalidade dos contratos de importação é realizada na modalidade CIF (Cost, Insurance and Freight ou Custo, Seguro e Frete). Nessa modalidade, o vendedor ou embarcador da carga se responsabiliza pelo custo do frete até a entrega ao cliente. Assim sendo, o valor do frete, incluindo a THC, é acertado pelo exportador e pelo armador".*

*"36. Com espeque nessas considerações, julgo ter sido demonstrada a necessidade de mudanças na atuação da agência, o que se buscou alcançar por meio da determinação ora recorrida. Ademais, entendo que a Antaq dispõe das condições necessárias para estabelecer uma composição básica da THC, a partir da seleção de serviços portuários regulados ofertados pelos terminais arrendatários, que representem um conjunto de operações comuns realizadas sobre cada contêiner. Até porque o Diretor-Geral da Antaq informou que a agência está elaborando a mencionada composição básica com o intuito de evitar práticas abusivas e conferir maior transparência às atividades desenvolvidas no setor portuário."*

*Como se vê, o TCU se utiliza de uma série de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ com relação aos valores cobrados a título de THC para fundamentar a determinação contida no item 9.3.4 do Acórdão.*

*No entanto, com todo o respeito, falta clareza quanto ao conteúdo e à fonte das informações utilizadas por este Egrégio Tribunal para fundamentar suas conclusões, uma vez que o Centronave não tem condições de apurar quais informações ou onde, quando e em qual contexto tais informações foram transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ ao TCU.*

(5) *Contradição: contrariedade na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ garanta (i) a prestação de "serviço adequado, em especial aos usuários" pelos armadores (item 9.3.8 do Acórdão) e (ii) a "modicidade tarifária nas THCs" (item 9.3.11 do Acórdão), impondo obrigações típicas de serviços públicos aos serviços de transporte de natureza privada prestados pelos armadores. Por outro lado, o Voto que fundamenta o Acórdão reconhece que os serviços prestados pelos armadores são regidos por contratos privados de transporte, submetidos à liberdade de negociação e à livre concorrência.*

*No item 9.3.8 do Acórdão, o Tribunal determina à ANTAQ a instituição de procedimento para garantir que os armadores estão "respeitando os direitos dos demais agentes setoriais e prestando um serviço adequado, em especial, aos usuários". Ao tratar da prestação de "serviço adequado", Vossa Excelência pontua que a ANTAQ deve "garantir a prestação de serviço adequado" (parágrafo 34 do Voto). O Voto também faz referência ao recebimento pela ANTAQ de "dados necessários para avaliar a adequação dos valores praticados". Além disso, por meio do item 9.3.11 do Acórdão, a ANTAQ deve atestar a "modicidade tarifária nas THCs cobradas dos usuários brasileiros".*

*Como se vê, com todo o respeito, o Acórdão impõe aos transportadores marítimos a obrigação de prestarem "serviço adequado", mediante a cobrança de "valores adequados" e de observarem condições de "modicidade tarifária", requisitos que são tipicamente associados à prestação de serviços públicos de titularidade do Estado. O conceito de "serviço adequado" e de "modicidade tarifária" é regulado pela Lei nº 8.987/1995, que dispõe justamente sobre o regime de concessão e permissão para a prestação de serviços públicos, segundo a qual "serviço adequado" é aquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade,*

*cortesias na sua prestação e modicidade das tarifas” para o pleno atendimento dos usuários do respectivo serviço público.*

*Isto é, os itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão contêm determinações que são tipicamente aplicáveis a serviços públicos e levam à imposição aos transportadores marítimos de obrigações e deveres típicos de concessionários e permissionários de serviços públicos.*

*Por outro lado, e de forma contraditória às determinações contidas nos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão, Vossa Excelência reconhece no Voto que os valores e as condições comerciais relativos à prestação de serviços de transporte marítimo são negociados de comum acordo entre armadores e usuários, com base nos princípios da livre iniciativa e livre-concorrência.*

*Nesse sentido, Vossa Excelência aponta no Voto que “o valor do frete, incluindo a THC, é acertado pelo exportador e pelo armador” (parágrafo 31), que a taxa de movimentação no terminal é “fixada por meio de uma negociação entabulada pelas empresas” (parágrafo 30), que a THC é “preço praticado entre particulares” (parágrafo 33), que “julgo necessário ressaltar a necessidade de evitar uma ingerência desnecessária na execução do contrato privado de transporte” (parágrafo 28). Esses exemplos sinalizam que a atividade de transporte marítimo não pode ser tratada como um serviço público, mas sim como uma atividade econômica privada.*

*Como se vê, ora determina-se à ANTAQ a elaboração de estudo para atestar a “modicidade tarifária nas THC cobradas dos usuários” (item 9.3.11 do Acórdão), ora reconhece-se que a THC é “preço praticado entre particulares fixado por meio de uma negociação”, cujo valor será reduzido em um ambiente de efetiva concorrência (parágrafos 33 e 37 do Voto), o que é contraditório entre si.*

*De fato, os armadores são livres para estipularem seus preços, que são fixados e negociados de acordo com o mercado e as estratégias comerciais de cada agente econômico envolvido. Justamente em razão dessa liberdade negocial, os usuários podem escolher entre os diversos armadores marítimos que atuam no mercado e negociar melhores preços.*

*A essência da atividade privada submetida ao ambiente de livre e aberta competição é justamente a liberdade de iniciativa. Nesse contexto, as partes envolvidas no transporte marítimo têm o direito de selecionar seus parceiros comerciais, negociar os preços e os valores que serão cobrados pelos serviços, bem como os termos e as condições para a realização dos mesmos.*

*Assim, reitera-se que, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal e do artigo 6º da Lei nº 8.987/1995, a obrigação de prestar “serviço adequado” só pode ser exigida de quem presta serviços públicos (diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão) e não dos transportadores marítimos que exercem (repita-se) uma atividade privada.*

*E ainda que se quisesse estabelecer um conceito de “serviço adequado” para uma atividade econômica em sentido estrito - o que se mostra ontologicamente equivocado - esse conceito não poderia corresponder àquele definido na Lei 8.987/95, tendo em vista que destinado precipuamente a garantir que o Concessionário (Contratado pelo Poder Público) cumpra os termos do contrato administrativo, que prevê termos e condições para o próprio serviço, em função da sua natureza pública.*

*No caso das atividades econômicas em sentido estrito, tendo em vista a liberdade de iniciativa, que abrange inclusive a liberdade negocial (“se” contratar e “em que termos” contratar) somente se poderia cogitar de um “serviço adequado” como sendo aquele que atende ao conteúdo do próprio contrato livremente negociado entre as partes.*

*Dito isso, com todo o respeito, as determinações contidas nos itens 9.3.6 e 9.3.8, relacionadas à prestação de “serviço adequado” e à “modicidade tarifária”, são contraditórias com as constatações do próprio Voto no sentido de que as atividades dos armadores são privadas e submetidas à livre concorrência e livre iniciativa.*

*(6) Contradição: contrariedade na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ realize estudos para “permitir o estabelecimento de teto” para a cobrança da THC (item 9.3.11 do Acórdão). Por outro lado, o Voto reconhece que não é cabível o estabelecimento de um teto para a THC (parágrafo 37 do Voto).*

*Ao tratar dos valores cobrados a título de THC, o Tribunal determina no item 9.3.11 do Acórdão que a ANTAQ deve realizar estudos para "permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários".*

*Com todo o respeito, essa determinação é contraditória com a afirmação feita por Vossa Excelência no Voto no sentido de que não é cabível o estabelecimento de um teto para a THC, nos seguintes termos:*

*"37. Por outro lado, discordo do posicionamento do representante do Ministério Público junto ao TCU, que defendeu a plausibilidade da atribuição de um valor para essa lista de serviços básica. Reconheço que é possível fixar tal valor, como foi feito, por exemplo, no contrato de arrendamento do terminal de contêineres Santos Brasil (Tecon Santos), firmado em 1997 (disponível no portal eletrônico da Companhia Docas de São Paulo — Codesp). No parágrafo quinto da cláusula vigésima daquela avença, foi estabelecido o valor máximo da denominada Taxa de Movimentação de Contêineres (TMC), representativa de serviços básicos de movimentação devidos pelos proprietários ou consignatários de carga ao terminal. Entretanto, julgo que a implementação dessa proposta poderia ensejar o estabelecimento de um piso, não de um teto, para a THC. A meu ver, o que propiciará uma redução efetiva do valor dessa taxa será a competição em um ambiente regulado de forma adequada."*

*Como se vê, ao tratar da THC, Vossa Excelência ressalta no Voto preocupações relacionadas ao estabelecimento de um teto para a cobrança desses valores, apontando que a redução efetiva da THC se dará em um ambiente de efetiva concorrência entre os prestadores de serviços.*

*Trata-se, com todo o respeito, de uma contradição no Acórdão, uma vez que o Voto que fundamenta o Acórdão aponta para a inaplicabilidade do estabelecimento de um teto para a THC (parágrafo 37), enquanto o item 9.3.11 do Acórdão determina à ANTAQ a promoção de estudos para o estabelecimento de um teto para a cobrança desses serviços portuários.*

*(7) Contradição: contrariedade na medida em que Vossa Excelência reconhece no Voto que não há fundamento jurídico para a "outorga de autorização" aos armadores estrangeiros (parágrafo 46 do Voto). Por outro lado, o Voto aponta que não haveria "impedimento" para que a ANTAQ exigisse tal autorização (parágrafo 46 do Voto).*

*Com relação à outorga de autorização aos armadores estrangeiro pela ANTAQ, o Voto aponta que "o TCU reconheceu que a legislação pátria não prevê esse tipo de exigência" aos armadores estrangeiros que operam no Brasil (parágrafo 45).*

*Por outro lado, na sequência dessa afirmação, o Voto aponta que a ausência de previsão legal "não impede que a agência reguladora [ANTAQ] condicione a atuação em portos nacionais de empresas nacionais e estrangeiras à outorga de autorização ou à observância de outros procedimentos que a agência julgar adequados" (parágrafo 45).*

*Com todo o respeito, as afirmações acima são contraditórias entre si, uma vez que o fato de a legislação brasileira não prever esse tipo de exigência efetivamente impede que a ANTAQ condicione a atuação de armadores estrangeiros à outorga de autorização. De fato, a competência normativa da ANTAQ deve ser exercida dentro dos limites da legalidade e dentro dos limites dos poderes investidos à Agência pela legislação brasileira.*

*Nesse sentido, conforme entendimento do E. STF, a função normativa das agências reguladoras "quando atinge direitos e deveres dos administrados ligados ao Estado subordina-se necessariamente ao disposto em lei (...) embora dotadas de considerável autonomia, a medida da competência normativa de que são investidas as agências reguladoras será aquela perfeitamente especificada nas leis pelas quais são criadas".*

*O trecho transcrito acima reforça que, embora a ANTAQ seja dotada de considerável autonomia e exerça poder normativo visando à organização e fiscalização das atividades por ela reguladas, tal poder deve ser exercido dentro dos limites dos poderes investidos à ANTAQ, especialmente quando a função normativa atingir direitos e deveres individuais.*

*No caso, e tal como reconhecido por Vossa Excelência no Voto, as competências atribuídas à ANTAQ não incluem competência para outorgar autorização para que empresas estrangeiras possam*

*realizar transporte marítimo de cargas em águas brasileiras. Isto é, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não outorgam à ANTAQ qualquer poder de caráter normativo para condicionar a atuação de armadores estrangeiros à outorga de autorização.*

*Desse modo, a navegação por armador estrangeiro em águas nacionais não requer outorga de autorização pela ANTAQ ou por qualquer outra agência nacional. Esse entendimento está de acordo com (i) as disposições da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional (Lei nº 9.432/1997 e nº 10.233/2001), (ii) o posicionamento da ANTAQ e (iii) as conclusões do próprio TCU.*

*Com efeito, nos termos do Voto, “o TCU reconheceu que a legislação pátria não prevê esse tipo de exigência”; consequentemente, a ANTAQ não tem competência para condicionar a atuação de armadores estrangeiros à outorga de autorização.*

*Diante dos esclarecimentos acima, o Centronave respeitosamente entende que as afirmações constantes no parágrafo 45 do Voto são contraditórias.*

#### **IV. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

*Com base no exposto acima, o Embargante requer o saneamento das obscuridades e contradições presentes no Acórdão, a fim de que sejam esclarecidas as obscuridades e eliminadas as contradições identificadas acima.*

*O Embargante reconhece que a correção das contradições e obscuridades existentes no Acórdão ora embargado levará à necessária modificação do Acórdão (atribuindo-se "efeitos infringentes" aos presentes Embargos). Mais especificamente, como explicado acima, o enfrentamento dos argumentos trazidos à apreciação de Vossa Excelência pelo Embargante levará, inevitavelmente, à modificação de determinações contidas no Acórdão, uma vez que:*

*(i) A Resolução nº 2.389/2012 não contém qualquer disposição apta a justificar o entendimento adotado pelo Egrégio Tribunal no item 9.3.2 do Acórdão (no sentido de que os preços cobrados pelos armadores a título de THC devam corresponder exatamente aos valores cobrados pelos terminais portuários a título de Cesta de Serviços). Tal como reconhecido no Voto, o valor da THC corresponde a um preço livremente pactuado entre particulares, fixado por negociação, o qual é definido levando em consideração os valores pagos pelos armadores aos operadores portuários em razão dos serviços de movimentação de cargas prestados aos armadores. No mais, a Resolução nº 2.389/2012 não tem qualquer eficácia em relação aos Terminais de Uso Privativo ou outros fora da área do Porto Organizado, o que torna ainda mais claro o caráter mercantil e negocial da THC. Assim, não há fundamento para a determinação constante no item 9.3.2 do Acórdão;*

*(ii) As conclusões do TCU nos itens 9.3.2 e 9.3.4 são baseadas em "estudo", documentos e informações que não constam nos autos. O Centronave não teve acesso a todos os fatores que foram levados em consideração pelo Tribunal para a elaboração dos itens 9.3.2 e 9.3.4 do Acórdão e se vê impossibilitado de analisar (e, eventualmente, de contestar) os documentos e informações utilizados por este Egrégio Tribunal para fundamentar suas conclusões.*

*(iii) Os itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão contêm determinações que são tipicamente aplicáveis a serviços públicos, e levam à imposição aos transportadores marítimos de obrigações e deveres típicos de concessionários e permissionários de serviços públicos. No entanto, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal e do artigo 6º da Lei nº 8.987/1995, a obrigação de prestar “serviço adequado” em atendimento à “modicidade tarifária” só pode ser exigida de quem presta serviços públicos, não dos transportadores marítimos que exercem uma atividade privada. Diante disso, e tal como reconhecido no Voto, os valores e as condições comerciais relativos à prestação de serviços de transporte marítimo são negociados de comum acordo entre armadores e usuários, com base nos princípios da livre iniciativa e livre-concorrência. Assim, não há fundamento para as determinações constantes nos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão.*

*(iv) No mais, tal como reconhecido no Voto, não é cabível o estabelecimento de um teto para a THC (ao contrário do que determina o item 9.3.11 do Acórdão), uma vez que o valor da THC*

corresponde a um preço livremente pactuado entre particulares (fixado por negociação) e sua redução se dará em um ambiente de efetiva concorrência entre os prestadores de serviços.

Por fim, a competência normativa da ANTAQ deve ser exercida dentro dos limites da legalidade e dentro dos limites dos poderes investidos à Agência pela legislação brasileira. No caso, as competências atribuídas à ANTAQ não incluem competência para outorgar autorização para que empresas estrangeiras possam realizar transporte marítimo de cargas em águas brasileiras. Aliás, tal como apontado no Voto, "o TCU reconheceu que a legislação pátria não prevê esse tipo de exigência". Portanto, a ANTAQ não tem competência para condicionar a atuação de armadores estrangeiros à outorga de autorização.

A infringência como consequência da correção das contradições e/ou obscuridades reconhecidas no Acórdão não impede nem o conhecimento dos embargos, nem o seu provimento. Com todo o respeito, o Embargante ateve-se estritamente às obscuridades, contradições e omissões identificadas no Acórdão, e a conclusão pela necessidade de reforma do conteúdo do Acórdão nada mais é que uma decorrência lógica de tais falhas.

Feitas todas essas considerações, resta demonstrado que o cabimento dos presentes Embargos é perfeitamente aceito de acordo com as regras de Direito Processual, independentemente de os efeitos modificativos causados por seu eventual provimento.

#### V. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O artigo 287, § 3º, do Regimento Interno do TCU estabelece que os embargos de declaração "suspendem os prazos para cumprimento do acórdão embargado". Em atendimento a essa disposição, requer-se a atribuição de efeito suspensivo aos presentes Embargos de Declaração, de modo a suspender os prazos previstos no Acórdão para o cumprimento das suas determinações.

#### VI. PEDIDOS

Por todo o exposto, tendo sido demonstrado o preenchimento dos pressupostos para o conhecimento dos Embargos de Declaração e demonstradas as contradições, obscuridades e omissões constantes do Acórdão, o Embargante respeitosamente:

(i) Requer seja atribuído efeito suspensivo aos presentes Embargos de Declaração, nos termos do artigo 287, § 3º, do Regimento Interno do TCU;

(ii) Requer o conhecimento e provimento dos presentes Embargos para que sejam sanadas as contradições e obscuridades explicadas acima com relação às determinações constantes nos itens 9.3.2, 9.3.4, 9.3.8, 9.3.10 e 9.3.11;

(iii) Requer seja atribuído efeito infringente aos presentes Embargos de Declaração, uma vez que o enfrentamento dos argumentos trazidos à apreciação de Vossa Excelência pelo Embargante e a eliminação das contradições e obscuridades identificadas acima levará, inevitavelmente, à alteração das conclusões contidas no Acórdão."

3. Em seguida, o Sr. André de Seixas Ponce Alves apresentou petição com o seguinte teor (peça 163):

"ANDRÉ DE SEIXAS PONCE ALVES, já qualificado nestes autos, ora denunciante e parte interessada no processo, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impugnar os Embargos de Declaração, com pedido de efeitos infringentes, opostos pela entidade representante de armadores estrangeiros, Centronave, que ainda operam sem qualquer controle do Estado brasileiro, vez que não possuem outorga de autorização, ao Acórdão nº 923/2019 – TCU – Plenário, por entender que nele estão contidas discussões que, há muito, foram superadas, portanto, preclusas, já trazidas em sede de pedido de reexame, além de questionamentos periféricos que jamais foram objeto da presente denúncia:

01. Como determina o Art. 287 do Regimento Interno dessa Egrégia Corte de Contas, o Centronave opôs Embargos de Declaração da decisão unânime dos Exmos. Senhores Ministros, alegando que o Acórdão nº 923/2019 – TCU – Plenário está permeado por obscuridades, omissões e contradições.

02. Cabe, no entanto, salientar que o supracitado Acórdão proferido pelos Exmos. Senhores Ministros não alterou as questões e decisões centrais do Acórdão nº 1.439/2016 – TCU – Plenário, que foi objeto de Pedido de Reexame dos representantes dos armadores estrangeiros em 2016, tendo sido propostas pelo Relator do recurso, o Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler, acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros, apenas alterações que permitissem ao Regulador exercer seu poder discricionário e oferecer as soluções necessárias para garantir os deslindes dos problemas regulatórios apresentados na denúncia.

03. Tanto é verdade, que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), autarquia denunciada, não se opôs à decisão dessa Egrégia Corte, escolhendo cumpri-la à risca, em vez de recorrer, até porque, diante de uma decisão tecnicamente adequada, como a ora embargada pelo Centronave, que respeitou a **expertise** da Agência, quaisquer recursos seriam meramente protelatórios, como é o caso do presente.

04. Infelizmente, a mesma conduta não teve a entidade representante dos armadores estrangeiros que, na realidade, não admite que as atividades de suas associadas sejam minimamente reguladas no país, tratando, com todo respeito, a nossa nação como área de serviço dessas megacarriers transnacionais, que desejam fazer o que bem entenderem aqui. Assim querem continuar omitindo portos, cobrando o que bem entenderem e quanto bem entenderem, explorando nossa navegação de longo curso com as regras delas. Prova disso, é que a entidade embargante, tal como já informado pelo Denunciante no presente processo, ajuizou ação para que os efeitos da Resolução Normativa nº 18 de 2017-Antaq não recaíssem sobre empresas estrangeiras, configurando uma verdadeira afronta às soberanias nacional e comercial do Brasil.

05. Por tais motivos, o Denunciante, comprovará que os Embargos de Declaração opostos pelo Centronave merecem ser rejeitados, por se tratar de medida meramente protelatória, porque a razoável, corretíssima e legalíssima decisão dessa Egrégia Corte, no sentido de que os armadores estrangeiros devem ser regulados, interfere diretamente na Ação Judicial que o embargante move em face da Antaq que, repita-se, não recorreu, por entender que a decisão dessa corte foi correta e que todas as determinações estão em consonância com seus poderes de regulador.

06. Assim, o Denunciante passa a tratar cada ponto de obscuridade arguido pelo Embargante Centronave, de forma a comprovar que a intenção do recurso é meramente protelatória.

07. Em relação ao Terminal Handling Charge (THC):

(i) *Obscuridade: obscuridade no que diz respeito ao fundamento utilizado pelo Tribunal para determinar que a ANTAQ assegure que “o valor dispendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários” (item 9.3.2 do Acórdão), especialmente considerando que o Voto reconhece que a THC “não possui natureza de tarifa portuária, mas de preço praticado entre particulares, que é estabelecido com base em tarifas cobradas pelo operador portuário em razão dos serviços prestados ao armador” (parágrafo 33 do Voto)*

(a) *O caráter ressarcitório da THC jamais foi alvo de questionamentos da presente denúncia. O que foi questionado pelo denunciante foi a falta de fiscalização da Antaq quanto ao ressarcimento, pois não havia, como até hoje não há, mecanismos eficientes de fiscalização, por parte do Regulador, para coibir as práticas abusivas de sobrepreços impostos pelos armadores, confirmadas no Relatório de Fiscalização da Navegação Marítima – FIMA 10/2019/UREFL/SFC devidamente juntado ao presente processo.*

(b) *Nem a Antaq, autarquia que editou o normativo Resolução nº 2.389/2012, após submissão à Audiência Pública, questionou este ponto. Aliás, a própria Agência, em ato fiscalizatório, concordando com o caráter ressarcitório da THC em favor dos usuários, entendeu que armadores são obrigados a cobrar a exata quantia que pagam aos terminais a título de THC, como está cristalino na norma.*

(c) *Se forem avaliadas as argumentações trazidas pelo Centronave no presente recurso, em relação ao caráter ressarcitório da THC, e comparadas com as alegações feitas pela entidade em sede de Pedido de Reexame do Acórdão nº 1.439/2016 – TCU – Plenário, ficará cristalino que são os mesmíssimos argumentos, ou seja, a Embargante deseja um novo Pedido de Reexame para tema que já*

foi superado em dois Acórdãos dessa Egrégia Corte (por unanimidade), algo sem sentido, ilegal, não previsto no Regimento Interno do TCU.

(d) Cabe salientar que, se a intenção do regulador fosse dar liberdade de cobrança da THC aos armadores, não haveria a menor necessidade de impor caráter ressarcitório à cobrança, mas sim, apenas afirmar que poderia ser cobrado livremente. A questão é que, definitivamente, este não é o caso e os motivos já foram amplamente colocados pelo Denunciante e reconhecidos duas vezes pelo plenário do TCU.

(e) Outro ponto que deve ser destacado é que, em seu Pedido de Reexame (peça 76) do Acórdão nº 1.439/2016 – TCU – Plenário, em 2016, o Embargante, com a clara intenção de influenciar o Relator do processo em fase recursal, chega a afirmar que a Antaq estava tendente a rever o caráter ressarcitório da cobrança da THC, o que comprova que, se fosse realmente intenção do regulador dar a liberdade pretendida pela Embargante, não haveria necessidade de impor a condição de ressarcimento à cobrança. Vejamos:

“63. Aliás, o CENTAONAVE respeitosamente entende que há uma impropriedade na utilização do termo ressarcimento pela Resolução, uma vez que a cobrança da tarifa THC não é decorrência de qualquer dano verificado pelos armadores, mas somente representa o valor do serviço de movimentação horizontal de mercadorias pago ao terminal portuário e repassado aos usuários.

64. Tal impropriedade na utilização do termo “ressarcimento” tende a ser corrigida na nova proposta de redação da Resolução, que, como visto, encontra-se em processo de discussão e elaboração na Antaq. De acordo com a nova proposta de Resolução, a THC pode ser cobrada pela empresa de navegação ou pelo seu representante diretamente dos usuários a título de pagamento para a contratação dos serviços de movimentação de mercadorias pelos terminais portuários.

65. Ao tratar das modificações em discussão na Resolução, a Antaq apontou que essa alteração é justificada para corrigir a imprecisão lógica e jurídica em tratar a THC como se ressarcitória fosse, eis que ressarcimento pressupõe um dano que não existe **ex ante** nem tampouco com valor abstratamente considerado. Se de dano se cuidasse, decerto deveria ostentar valor econômico líquido e certo, concretamente aferido, e não oscilar nem tampouco ser objeto de contratação em regime de preço e liberdade contratual.

66. Ou seja, não há dúvidas de que já existe uma ação regulatória em curso, com o objetivo de aprimorar certos aspectos da cobrança da THC junto aos usuários. Ao determinar o conteúdo da regulação a ser emitida pela Antaq, o acórdão aqui recorrido inegavelmente resulta em invasão de competência privativa da Antaq,”

(f) A Embargante “blefou”, nas suas alegações em sede de Pedido de Reexame (as mesmas dos presentes Embargos), ao afirmar que a Antaq pretendia acabar com o caráter ressarcitório da cobrança da THC. Para sorte dos usuários donos de cargas, que foram e estão sendo prejudicados com a cobrança, devido à colocação de sobrepreços pelas associadas da Embargante, o Exmo. Senhor Ministro relator do recurso, assim como os outros Ministros dessa Egrégia Corte, por unanimidade, não caíram nesta verdadeira armadilha.

(g) Pois bem, o processo de revisão da Resolução nº 2.389/12 Antaq foi concluído de forma republicana e democrática e o regulador, após submissão da proposta de norma à Audiência Pública nº 04/20182, com ampla participação das empresas, entidades e da sociedade, incluindo o Centronave, que também realizou suas contribuições, manteve o caráter ressarcitório da THC, concluiu o processo e confirmou que não houve alterações e que a THC continua com seu caráter ressarcitório, tal como poderá ser constatado na Norma aprovada durante a 465ª Reunião Ordinária de Diretoria da Antaq, ocorrida em 09/08/2019, RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 34-ANTAQ (doc. 01). Ou seja, esta foi a intenção do Regulador, para garantir a modicidade de preços e o serviço adequado, confirmada pelas empresas, entidades e principalmente pela sociedade após cumprido o rito de Audiência Pública.

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 34-ANTAQ

“Art. 2º Para os efeitos desta norma, considera-se:

(...)

*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;*

*(...)*

*Art. 3º A Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC) poderá ser cobrada pelo transportador marítimo, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas discriminadas no inciso X do art. 2º, assumidas com a movimentação das cargas e pagas à instalação portuária ou ao operador portuário.”*

*(h) Aliás, cabe ressaltar que, se fosse intenção do regulador, das empresas, entidades e da sociedade que o caráter ressarcitório da THC fosse retirado, certamente, a Antaq teria, de acordo com o blefe da ora Embargante em sede de Pedido de Reexame, em 2016, garantido a natureza de mero pagamento. Mas, este não foi o caso e a THC continua sendo de caráter ressarcitório, devendo o armador cobrar dos usuários a exata quantia pagas aos terminais. O THC tem bem definido os serviços portuários que o compõem e que, independente do que os armadores negociam com os terminais por suas cestas de serviços (box rate), o que for inerente a THC, tem que ser respeitado no seu caráter ressarcitório.*

*(i) Aliás, é importante observar que o Denunciante trouxe duas questões relevantes ao processo que precisam ser enfrentadas pelo TCU. A primeira é em relação ao Relatório de Fiscalização da Navegação Marítima - FIMA nº 10/2019/UREFL/SFC, em que a Antaq verificou conduta lesiva aos usuários com a aplicação de sobrepreços a THC cobrado, inclusive tipificando a conduta dos armadores e, a segunda, tão importante quanto, é um processo de fiscalização da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro nº 04/353.706/2016 quanto à possível sonegação de ISS, em relação ao sobrepreço (diferença a maior entre os valores cobrados pelos armadores dos usuários e os efetivamente pagos aos terminais). E a questão é que, onde pode haver sonegação de ISS, também pode existir sonegação de IRPJ, PIS/PASEP, CONFINS e CSLL. É preciso investigar, porque o processo foi iniciado no mesmo ano em que foi proferido o primeiro Acórdão do Plenário no presente processo, que reafirmou o caráter ressarcitório da cobrança. Certamente, estamos tratando de quantias bilionárias que deveriam ter entrado nos cofres públicos.*

*(j) Assim, como ficou amplamente demonstrado, o Centronave, em sede de Embargos de Declaração tenta, de forma ilegal, contrariando o Regimento Interno do TCU, realizar novo Pedido de Reexame de matéria superada em dois julgamentos plenários, porquanto trouxe as mesmíssimas alegações do Recurso interposto ao Acórdão nº 1439/2016 – TCU – Plenário, sem elementos novos.*

*(k) Por fim, cabe salientar que, embora a RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 34-ANTAQ tenha reafirmado o caráter ressarcitório da THC, não se nota no normativo um mecanismo que garanta isso aos usuários, tal como determinou o item 9.3.2. do Acórdão nº. 923/2019 – TCU – Plenário.*

**08. Obscuridade em relação aos Estudos do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBTP):**

*(ii) Obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de "estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário — IBPT" para justificar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão, sem que conste nos autos qualquer informação sobre o referido "estudo". O Centronave não teve acesso ao referido "estudo" ou ao seu conteúdo,*

*(a) O Estudo mencionado em petição protocolizada pelo Denunciante em 11/04/2019 (peça 133) não deve ser tratado como obscuridade no processo, porque (i) foi indicada a fonte na nota de rodapé da petição, incluindo o endereço eletrônico na instituição e (ii) trata-se de questão meramente periférica, que não guarda vínculo com o objeto da denúncia, em relação a THC, cujo objetivo foi para que o TCU determinasse a fiscalização da Antaq sobre os armadores, objetivando resguardar o serviço adequado no que tange à modicidade de preços, garantindo que não haveria a aplicação de sobrepreços à cobrança.*

(b) Além do mais, a Embargante poderia ter pesquisado os estudos no site da Instituição IBTP, ou até mesmo requerido por e-mail à mesma. Todavia, preferiu tratar como obscuridade a sua total falta de vontade de pesquisar na internet. É óbvio que, se os reais objetivos da Embargante fossem em sentido inverso, envidaria todos os esforços para achar o estudo. Mas, como o objetivo dos presentes Embargos é o de protelar, esforços não são interessantes.

(c) Como mencionado, além de poder ter pesquisado no site da instituição, bastaria uma rápida pesquisa no Google sobre o tema, usando como referência o nome do estudo ("EVOLUÇÃO DO CUSTO PORTUÁRIO BRASILEIRO") para encontrar os estudos e diversas matérias jornalísticas;

(d) Tanto a Embargante, quanto seus advogados (de escritório renomado) sabem muito bem encontrar aquilo que lhes interessa em pesquisas na internet. Aliás é estranho a Embargante alegar que não conhecia estes estudos, vez que, segundo matéria publicada na Revista Portos e Navios, umas das mais tradicionais e antigas do setor, sob o título "Planilha complicada", armadores foram entrevistados.

(e) A questão é que os números do IBTP não fazem parte no cerne/mérito da decisão do Plenário do TCU, porque são, como afirmados acima, periféricos, para ilustrar a importância da THC. Aliás, basta uma simples pesquisa ao Anuário Estatístico da Antaq, no site da Agência, para constatar que o Brasil movimentou mais de 10 milhões de contêineres em 2018 e que a THC envolve muitos bilhões de reais. Pesa ainda o fato de que, em seu Pedido de Reexame ao Acórdão nº 1.439/2016 – TCU – Plenário, a embargante não arguiu quaisquer questões em relação aos diversos números apresentados pelo Denunciante até ali. Não questionou, porque não fazia parte do mérito da discussão, porque não era, naquele momento, oportuno.

(f) Seja como for, por amor ao debate, já que a Embargante não teve disposição para ir ao site do IBTP ou pesquisar na Internet os estudos, o Denunciante faz questão de anexá-lo à presente petição (doc. 02).

09. Obscuridades em relação ao que foi tratado em audiência entre o Diretor-Geral da Antaq Mário Povia e o Exmo. Ministro Relator do recurso.

(iii) Obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ em "recente audiência" para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão, sem que conste nos autos qualquer documento atestando a realização dessa "recente audiência" ou o que teria sido informado pelo Diretor-Geral da ANTAQ nessa oportunidade.

(a) Nota-se, aqui, claramente, mais uma tentativa de protelar a decisão do TCU. É como se a Embargante estivesse colocando em dúvida a palavra do Exmo. Senhor Ministro relator. Aliás, faz parte da decisão dessa Egrégia Corte, exatamente no item 9.3.3 do Acórdão nº. 923/2019 – TCU – Plenário, que o Regulador, em um prazo de 60 dias, informe ao TCU os resultados obtidos em decorrência das fiscalizações empreendidas após a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017, no que concerne à detecção e apuração de eventuais abusos praticados pelos armadores, informando se foram efetivamente aplicadas sanções.

(b) Isso prova o elevado nível de coerência e razoabilidade do Exmo. Ministro Relator do recurso, que atuou de forma extremamente técnica. Além do mais, certamente, as informações transmitidas pelo Diretor-Geral da Antaq Mário Povia não tiveram quaisquer influências no Mérito da decisão de regular os armadores estrangeiros, muito menos em relação a THC, pois também foram periféricas. Absurdo, seria empresas estrangeiras operarem no Brasil, explorarem nossa navegação de longo curso, sem regras, ou melhor, impondo suas próprias regras aos exportadores e importadores brasileiros.

10. Obscuridade em relação a informações APARENTEMENTE transmitidas pelo Diretor-Geral da Antaq que não estão nos autos

(iv) Obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.4

do Acórdão, sem que conste nos autos qualquer documento sobre o conteúdo ou o contexto no qual tais informações foram transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ

(a) Esta é mais uma tentativa clara e evidente de caráter protelatório dos presentes Embargos. Esta questão já estava respondida na Resolução 2.389/12 Antaq que, quando define a THC, descreve os serviços que o compõem, tanto na importação, quanto da Exportação, independente do Incoterm (International Commercial Terms / Termos Internacionais de Comércio) utilizado nas operações de compra e venda de mercadorias entre exportadores e importadores. Aliás, a THC é cobrado, no Brasil, independentemente do Incoterm utilizado, independentemente de qual usuário esteja pagando (importador ou exportador).

(b) Cabe mencionar que, como já foi informado acima, a Resolução 2.389/12 foi revisada (atualmente RESOLUÇÃO NORMATIVA N° 34-ANTAQ), passou por Audiência Pública, na qual o Centronave e suas associadas tiveram a oportunidade de participar e nada mudou em relação aos serviços portuários que compõem a THC.

(c) Em relação aos demais serviços e as padronizações das rubricas, a Antaq tem se debruçado sobre este tema. Inclusive a Agência tem ouvido os usuários. O item 9.3.4 é muito mais amplo que a THC, cujos serviços estão definidos em norma. Trata-se de todos os serviços portuários, algo inerente à relação dos usuários com os terminais.

(d) Isso está muito evidente no Acórdão e a Embargante sabe muito bem do que se trata. Repita-se, é mais uma forma de protelar o processo. Talvez, a Embargante não tenha percebido, mas, um dos itens da denúncia, envolve um terminal portuário e serviços inseridos à revelia da Antaq, o que motivou os Exmos. Ministros do TCU a votarem favoravelmente à padronização das rubricas de serviços, tamanha a quantidade de nomenclaturas diferentes para as mesmas coisas, o que acaba por criar externalidades negativas aos usuários.

#### 11. Contradição no que se refere ao serviço adequado:

(v) Contrariedade na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ garanta (i) a prestação de "serviço adequado, em especial aos usuários" pelos armadores (item 9.3.8 do Acórdão) e (ii) a "modicidade tarifária nas THCs" (item 9.3.11 do Acórdão), impondo obrigações típicas de serviços públicos aos serviços de transporte de natureza privada prestados pelos armadores. Por outro lado, o Voto que fundamenta o Acórdão reconhece que os serviços prestados pelos armadores são regidos por contratos privados de transporte, submetidos à liberdade de negociação e à livre concorrência. (§§ 35 ao 47 dos embargos declaratórios e §§ do voto do Acórdão 623/2019).

(a) Trata-se de mais um item em que o Centronave, em sede de Embargos de Declaração, tenta novo Pedido de Reexame, recurso não cabível, de matéria superada, duas vezes julgadas por unanimidade pelos Exmos. Ministros dessa Egrégia Corte.

(b) A alegada contradição inexistente, pois os autos deste processo mostram muito bem que o serviço adequado, principalmente no que tange à modicidade de preços é mecanismo que serve para, simplesmente, conter abusos e enriquecimento sem causa, que é o papel e o que dá sentido à existência de uma Agência Reguladora.

(c) A questão da modicidade de preços está colocada em bases justas pela Antaq na Resolução Normativa n° 18 de 2017, no Inciso VII do seu Art. 3°, a seguir transcrito. É evidente que a Embargante não quer que suas associadas sejam minimamente reguladas e já deixou isso bem claro ao ajuizar ação para que a norma da Antaq não recaísse sobre armadores estrangeiros. A Embargante quer que suas associadas atuem aqui livremente, impondo suas próprias regras, cobrando aquilo que bem desejarem, nas quantias que bem desejarem. Com todo respeito, mas isso é uma afronta à nossa soberania comercial.

“Art. 3° Os transportadores marítimos de longo curso e cabotagem e os agentes intermediários devem observar permanentemente, no que couber, as seguintes condições para a prestação do serviço adequado:

(...)

*VII - modicidade, caracterizada pela adoção de preços, fretes, taxas e sobretaxas em bases justas, transparentes e não discriminatórias e que reflitam o equilíbrio entre os custos da prestação dos serviços e os benefícios oferecidos aos usuários, permitindo o melhoramento e a expansão dos serviços, além da remuneração adequada;”*

*(d) A Resolução Normativa nº 18 de 2017 passou por estudos e duas Audiências Públicas, com ampla discussão com o setor, antes de entrar em vigor. As empresas, entidades e, principalmente a sociedade, participaram amplamente dos debates, fazendo suas contribuições no rito público, de forma democrática e republicana. Inclusive a Embargante e suas Associadas participaram amplamente do processo e realizaram suas contribuições.*

## *12. Contradição referente à aplicação de preço teto a THC*

*(vi) Contrariedade na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ garanta (i) a prestação de "serviço adequado, em especial aos usuários" pelos armadores (item 9.3.8 do Acórdão) e (ii) a "modicidade tarifária nas THCs" (item 9.3.11 do Acórdão), impondo obrigações típicas de serviços públicos aos serviços de transporte de natureza privada prestados pelos armadores. Por outro lado, o Voto que fundamenta o Acórdão reconhece que os serviços prestados pelos armadores são regidos por contratos privados de transporte, submetidos à liberdade de negociação e à livre concorrência.*

*(a) A RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 34-ANTAQ, que revogou e, portanto, substituiu a Resolução 2.389/2012 prevê a aplicação de preço-teto (**price cap**) no Parágrafo único de seu Art. 9º, a seguir transcrito, para a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de contêineres (SSE). Trata-se de um mecanismo que o regulador pode e deve utilizar, caso identifique abuso em qualquer área que os seus braços regulatórios alcancem.*

*“Art. 9º. O SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daquelas cujas despesas são ressarcidas por meio da THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.*

*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.”*

*(b) Neste sentido, nunca é demais lembrar que o caráter ressarcitório da THC, já superado no processo, reconhecido por unanimidade em dois julgamentos plenários dessa Egrégia Corte e mantido na revisão da Resolução 2.389/2012, dá ao regulador o poder de atuar com o mecanismo do **price cap**, quando verificar abuso dos terminais portuários, pois, parte-se do princípio legal de que, aquilo que os armadores cobrarão a título de THC dos usuários é a mesma quantia paga aos terminais. Logo, os terminais devem ser alvos de fiscalização constante quanto aos preços que compõem a THC, pois serão estes os repassados aos usuários.*

*(c) O que se verifica aqui é mais uma tentativa meramente protelatória da Embargante, alegando contradição, onde não existe. Parece que a Embargante ainda não compreendeu que não pode auferir receita sobre a THC, agindo ilegalmente, tal como foi apurado em fiscalização da Antaq devidamente juntada ao presente processo, Relatório de Fiscalização da Navegação Marítima - FIMA nº 10/2019/UREFL/SFC.*

*(d) Outro aspecto que é importante lembrar, se refere à concentração de mercado nas mãos de poucos armadores, tal como já foi amplamente exposto pelo Denunciante, motivo pelo qual, deve-se intensificar a fiscalização sobre as associadas da Embargante.*

*(e) Com todo respeito, mas, claramente, a Embargante, sob o pano de fundo do preço-teto na THC, tenta trazer novamente a discussão do caráter ressarcitório da THC, buscando induzir que o Exmo. Ministro Relator caiu em contradição em seu voto, acompanhado por unanimidade; tentando induzir o TCU ao erro.*

*(f) Aqui, mais uma vez, é importante ressaltar que a Antaq não recorreu da decisão do TCU, pois entendeu que ela está em perfeita harmonia com sua discricionariedade, como aliás, foi o espírito do voto do Exmo. Ministro relator do Processo.*

## *13. Contradição no que diz respeito à outorga de autorização:*

(vii) *Contrariedade na medida em que Vossa Excelência reconhece no Voto que não há fundamento jurídico para "outorga de autorização" aos armadores estrangeiros (parágrafo 46 do Voto). Por outro lado, o Voto aponta que não haveria "impedimento" para que a ANTAQ exigisse tal autorização.*

(a) *Em que pese o Denunciante não concordar com a decisão dessa Egrégia Corte no sentido de que a Constituição não dispõe sobre a obrigatoriedade de outorga de autorização para armadores estrangeiros, ao mesmo tempo, é importante observar que ela não proíbe expressamente que a Antaq, se assim entender pertinente, queira impor, com fulcro nos Artigos 12, 13 e 14 da Lei nº 10.233/2001, a condição de outorga ou outros meios legais para autorizar que armadores estrangeiros explorem a nossa navegação de longo curso.*

(b) *Mesmo discordando da decisão, o denunciante entende que o Exmo. Senhor Ministro Relator tenha sido preciso. O fato de, segundo entendimento do TCU, não haver na Constituição a obrigatoriedade de outorga de autorização para armadores estrangeiros não dá a eles, os estrangeiros, um cheque em branco, com garantia eterna de aqui poderem operar, até porque, isso interfere na discricionariedade técnica da Antaq, principalmente, quanto ao seu poder dissuasório de, em casos extremos, impedir que determinada empresa estrangeira atue no Brasil.*

(c) *Em outras palavras, o entendimento do TCU, no sentido de não haver na Constituição a obrigatoriedade de outorga de autorização aos estrangeiros, não é algo absoluto, capaz de retirar das instituições do país o poder de impor suas regras ou de impedir que empresas estrangeiras operem aqui, repita-se, em casos extremos, afrontando nossa soberania.*

(d) *Desta forma, não há contradição alguma na decisão do TCU, porque houve respeito ao poder discricionário da Antaq que, repita-se, sequer recorreu da decisão.*

#### *Conclusão*

14. *Nota-se, claramente, que os presentes Embargos de Declaração, com pedido de efeitos infringentes, interpostos pelo Centronave contra o Acórdão nº. 923/2019 – TCU – Plenário, além de ter caráter protelatório, são uma tentativa de novo e ilegal Pedido de Reexame, de tema superado em dois Acórdãos, para que o TCU altere, por meio de decisão, norma que a Antaq acaba de revisar, após Audiência Pública, o caráter ressarcitório da THC, que foi mantido por vontade da sociedade.*

15. *Aliás, é imperioso avaliar que a revisão da Resolução 2.389/2012 foi submetida à Audiência Pública em junho de 2018, que manteve o caráter ressarcitório da THC, confirmado pela norma recentemente aprovada. Ou seja, o Centronave, quando interpôs os presentes Embargos, já sabia da proposta de norma, da manutenção do caráter ressarcitório e, por isso, tenta novo Pedido de Reexame, para que o TCU interfira na vontade da sociedade, beneficiando suas associadas, as armadoras estrangeiras.*

16. *Além de tentar novo e ilegal Pedido de Reexame, o Centronave traz questões periféricas como obscuridades e contradições, que visam apenas dar volume ao recurso e criar confusões, como orma de maquiagem sua real intenção, que é a de retirar o caráter ressarcitório da THC.*

#### *Pedido*

17. *Diante do que foi exposto, o Denunciante requer que sejam rejeitados os pedidos dos Embargos de Declaração opostos pelo Centronave, porquanto não há obscuridade, contradição ou dúvida alguma no voto do Exmo. Ministro Relator e no Acórdão nº. 923/2019 – TCU – Plenário, sendo considerado este recurso de caráter meramente protelatório, contendo novos e ilegais pedidos de reexame, vez que infringem as regras processuais contidas no Regimento Interno dessa Egrégia Corte, pois tratam de temas já enfrentados e decididos adequadamente em dois julgamentos, como é o caso da THC.”*

4. Por meio de despacho (peça 157), solicitei, em caráter excepcional, a manifestação da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) sobre os embargos de declarações apresentados pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica.

5. Em atendimento ao referido despacho, a unidade técnica elaborou instrução na qual a auditora destacou que os presentes embargos de declaração devem ser conhecidos, tendo em vista o preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 34 da Lei 8.443/1992.

6. Na sequência, a auditora analisou os sete pontos do **decisum** vergastado nos quais, segundo alegado pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica, haveria obscuridade ou contradição:

- Obscuridade no que diz respeito ao fundamento utilizado pelo Tribunal para determinar que a ANTAQ assegure que “o valor despendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários” (item 9.3.2 do acórdão), especialmente considerando que o voto reconhece que a THC “não possui natureza de tarifa portuária, mas de preço praticado entre particulares, que é estabelecido com base em tarifas cobradas pelo operador portuário em razão dos serviços prestados ao armador”

1) no item 9.3.2 do acórdão recorrido, foi determinado à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que, em um prazo de 60 dias, apresentasse a esta Corte de Contas um plano de ação detalhado com o objetivo de coibir abusos e, em especial, garantir o respeito ao caráter de ressarcimento expressamente atribuído pela agência reguladora à THC, assegurando que o valor despendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários;

2) a referida determinação foi proferida com fundamento no art. 3º da Resolução Antaq 2.389/2012, **in verbis**:

*“Art. 3º A Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC) poderá ser cobrada pela empresa de navegação, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas assumidas com a movimentação das cargas pagas ao operador portuário, ou seja, a Cesta de Serviços (Box Rate)”;*

3) a Resolução Antaq 34/2019, que revogou a citada Resolução Antaq 2.389/2012, manteve essa regra, como se observa no dispositivo abaixo transcrito:

*“Art. 3º A Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC) poderá ser cobrada pelo transportador marítimo, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas discriminadas no inciso X do art. 2º, assumidas com a movimentação das cargas e pagas à instalação portuária ou ao operador portuário”;*

4) a embargante alegou que o conceito de ressarcimento teria sido utilizado de forma equivocada na mencionada norma. Por outro lado, segundo o denunciante, os armadores estariam cobrando dos usuários brasileiros valores maiores que os gastos com os serviços de movimentação e guarda transitória de carga nos terminais;

5) a Centronave aduziu que a Resolução 2.389/2012 não contém qualquer disposição apta a justificar o entendimento adotado pelo Tribunal no item 9.3.2 do acórdão em tela, ou seja, não haveria fundamentos para entender que os preços cobrados pelos armadores a título de THC devem corresponder exatamente aos valores cobrados pelos terminais portuários a título de cesta de serviços (**box rate**);

6) nessa linha, diferencia os conceitos de ressarcimento, que diria respeito à indenização, reparação ou compensação por algum prejuízo causado (podendo ser menor, igual ou maior que o prejuízo sofrido pela parte ressarcida) e de reembolso (o qual equivaleria ao recebimento de um investimento ou gasto, sendo exatamente igual ao montante despendido em momento anterior, visando recompor o **status quo** anterior). No caso vertente, alega ser aplicável o primeiro conceito, não o segundo;

7) com esboço nessas considerações, a embargante conclui que:

*“21. Portanto, o valor da THC corresponde a um preço livremente pactuado entre particulares (armador e usuário), fixado por meio de uma negociação, o qual é definido em cada caso concreto levando em consideração os valores pagos pelos armadores aos operadores portuários em razão dos serviços de movimentação de cargas prestados aos armadores.*

*22. Ou seja, o valor cobrado pelo armador a título de THC é previamente estabelecido, em comum acordo, entre o armador e o usuário que contrata o serviço de transporte marítimo, e tem por*

*base os valores pagos pelos armadores aos operadores portuários (sem necessariamente corresponder a preços idênticos)”;*

8) a embargante asseverou ainda que, nos terminais de uso privativo, não existe essa regra, não obstante haver a negociação e o pagamento da THC, **in verbis**:

*“23. Além de tais argumentos, resta destacar que a Resolução nº 2.389/2012 tem aplicabilidade restrita apenas e tão somente às Instalações de Uso Público, nos Portos Organizados, não tendo qualquer eficácia em relação aos Terminais de Uso Privativo ou outros fora da área do Porto Organizado, o que torna ainda mais claro o caráter mercantil e negocial da THC”;*

9) consoante estabelecido no art. 2º, X, da Resolução 34/2019, a taxa de movimentação no terminal (**terminal handling charge - THC**) é *“o 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 a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação”;*

10) note-se que a Cesta de Serviços (**box rate**) inclui a movimentação até o porão da embarcação, ou seja, a THC diz respeito a uma parte dessa cesta;

11) os serviços disponibilizados na **box rate** são realizados pelo operador portuário e compreendem o armazenamento dos contêineres, o carregamento e descarregamento dos navios, a operacionalização das entradas e saídas de caminhões com as cargas, etc. Os respectivos contratos são celebrados pelo operador portuário e pelos armadores, que transportam as cargas de seus clientes (exportadores, importadores e consignatários);

12) em conformidade com o art. 4º da Resolução Antaq 34/2019, que repetiu a regra estabelecida no art. 4º da Resolução Antaq 2.389/2012, a remuneração dos serviços prestados pelo terminal/operador (**box rate/THC**) pode ser livremente negociada. Contudo, o preço do serviço deve ser publicado, informado e revisado pela Antaq, com o fito de coibir abusos, consoante estabelecido na Lei 10.233/2001 e na Resolução Antaq 34/2019;

13) o art. 4º dessa última resolução estatuiu que os valores pagos pelos exportadores, importadores e consignatários aos armadores em decorrência dos serviços prestados pelo terminal ou operador portuário devem ser estabelecidos em contrato de prestação de serviço ou divulgados em tabela de serviços. Tendo em vista que o art. 3º dessa norma dispõe que a THC será cobrada pelo transportador marítimo para ressarcir o operador portuário, os usuários devem ter conhecimento dos valores pagos ao referido operador. Em síntese, o armador paga ao operador pelos serviços prestados e recebe dos exportadores, importadores e consignatários pelos serviços executados por ele (transporte da carga) e pelo operador portuário. Para viabilizar esse esquema operacional, os usuários firmam contrato apenas com o armador;

14) assim, a única forma de os exportadores, importadores e consignatários terem conhecimento de quanto pagam pelos serviços do operador portuário é esse último informar o valor. Por via de consequência, a Antaq pode exigir do operador que informe aos usuários as quantias pagas pelos armadores;

15) por exemplo, uma empresa como a Walmart importa e exporta para vários países. Ela não negocia com cada porto onde suas cargas são carregadas e descarregadas, mas celebra contratos privados com um ou mais armadores. Em consonância com o disposto nessas avenças, a empresa ressarcie ou reembolsa os armadores pelo que eles despendem em cada porto para pagar taxas de serviços/THC. Contabilmente, o armador deve alocar a receita advinda do usuário em contas distintas. Na primeira, registra os montantes pagos ao operador portuário; na segunda, consigna a receita oriunda da prestação de seus próprios serviços e o lucro obtido;

16) a Antaq tem a prerrogativa de exigir do operador portuário que informe esses valores para ela e para os usuários. Cumpre frisar que o procedimento a ser adotado deve ser definido pela própria agência reguladora;

17) o contrato entre o armador e o exportador/importador/consignatário, por ser de natureza privada, pode prever que o primeiro arque com quaisquer custos que entender adequados ao bom funcionamento da avença. Afinal, devido à sua natureza, essas avenças tratam basicamente de direitos patrimoniais disponíveis. Conclui-se que o contrato entre o armador e seus clientes pode prever valores diferentes daqueles pagos pelo primeiro ao operador portuário, mas isso não impede que o usuário, caso deseje, tenha conhecimento do que foi pago a esse operador;

18) portanto, por meio da determinação à Antaq no sentido de que assegure “*que o valor despendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários*”, pretende-se que a agência defina um procedimento para informar a cada usuário o valor pago ao operador portuário pelo transporte, armazenagem e manipulação de sua carga. Isso significa que a agência pode exigir do operador portuário concessionário que informe os valores recebidos;

19) por outro lado, o ente regulador não pode interferir nos contratos firmados pelos armadores e pelos usuários, em especial no que concerne à remuneração auferida pelos primeiros em contrapartida à prestação dos seus serviços. Portanto, conclui-se que os usuários não precisam efetuar o pagamento diretamente ao operador, podendo as avenças em tela atribuírem essa atividade ao armador, que executará o desembolso em nome dos usuários;

20) conseqüentemente, se os exportadores, importadores e consignatários quiserem ter ciência dos valores pagos a título de THC, eles podem inserir essa previsão nos contratos firmados com os armadores;

21) cabe destacar ainda que o art. 6º da Resolução 34/2019 prevê que o operador portuário pode prestar serviços “*mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes ou usuários*”;

22) se os valores pagos aos terminais a título de THC pelos armadores são inferiores àqueles cobrados dos usuários, deve-se atentar para a inscrição contábil desses valores. Essa questão escapa às atribuições do TCU e deve ser tratada pela Receita Federal do Brasil, que tem competência para verificar o adequado recolhimento tributário;

23) segundo consta do voto condutor do acórdão embargado, o Tribunal julgou que os elementos existentes nestes autos evidenciaram a ausência de controle pela Antaq dos valores que os usuários pagam aos armadores e das quantias pagas por esses últimos aos terminais e operadores. A conclusão que se delineou, porém, é de que os valores pagos pelos armadores ao operador portuário devem ser informados pelo próprio operador concessionário aos usuários, visto que é a única forma de verificar o cumprimento do art. 3º da Resolução Antaq 2.389/2012. Já com relação aos valores pagos pelos usuários aos armadores, trata-se de questão contratual privada;

24) o argumento trazido pela Antaq e mencionado no parecer do Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, no sentido de que “*a divulgação desses custos ensejaria seriíssimo risco de compartilhamento de informações sensíveis, favorecendo a colusão empresarial*”, diz respeito aos custos incorridos pelo operador, não aos preços cobrados dos usuários, os quais são divulgados;

25) as informações sobre os valores pagos por cada armador em nome de cada usuário são relevantes apenas para os próprios usuários, para que possam administrar seus fretes, e para a Antaq, que precisa acompanhar o mercado e coletar dados para subsidiar decisões futuras. Nesse ponto, é importante registrar a diferença entre preço e custo. Os custos incorridos pelo operador portuário para prestar serviços não se confundem com os preços divulgados na cesta de serviços ou com a THC, os quais são publicados no **site da Internet** e compõem a receita futura desse operador. Já seus custos, por exemplo, com os salários de seus empregados ou com o consumo de energia elétrica, são registrados nas suas demonstrações contábeis;

26) também consta no voto que “*o usuário do serviço portuário desconhece os parâmetros da cobrança que lhe é imposta pela empresa de transporte marítimo*”. Essa constatação vai de encontro ao disposto no art. 4ª da Resolução Normativa Antaq 18/2017, o qual determina que o usuário deve ser informado dos valores cobrados pelo operador para armazenar, carregar ou exportar sua carga. Com esse objetivo, a agência tem a prerrogativa de requisitar dos operadores que informem a cada usuário os

valores contratados e pagos por cada armador relativos ao armazenamento e ao transporte das respectivas cargas. Cumpre frisar que compete ao ente regulador definir o procedimento que será adotado para atingir essa finalidade;

27) a determinação exarada para a Antaq, no item 9.3.2 do acórdão recorrido, referente à elaboração de um plano de ação com vistas a coibir abusos de preços praticados, encontra amparo na Lei 10.233/2001, que criou a referida agência. Afinal, os operadores portuários são concessionários de serviço público e, nessa condição, devem seguir as normas que regem a concessão e o respectivo contrato. Além disso, devem ser observados o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Com fulcro nesses normativos, a agência deve operacionalizar os instrumentos adequados para reprimir eventuais abusos na cobrança de valores indevidos dos usuários;

28) nos seguintes dispositivos da Lei 10.233/2001, foi estipulado que a Antaq deve promover estudos sobre os preços da cesta de serviços, garantir e fomentar a competição, revisar e reajustar os preços e fazer cumprir o contrato de concessão:

*“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 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;*

*(...)*

*VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda;*

*(...)*

*XIV - estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários, nos termos da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;*

*(...)*

*XVI - cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições dos contratos de concessão de porto organizado ou dos contratos de arrendamento de instalações portuárias quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União de que trata o inciso VIII do caput do art. 5º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;*

*(...)*

*XXVI - fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, em conformidade com o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012”; e*

29) diante do acima exposto, propõe-se conhecer dos embargos declaratórios com relação ao item 9.3.2 do acórdão em tela para negar-lhe provimento. Adicionalmente, considera-se oportuno encaminhar cópia dos presentes autos à Receita Federal para que seja avaliada a necessidade de fiscalizar a contabilização da THC;

- Obscuridade na medida em que o Tribunal utiliza “estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário - IBPT” para justificar as determinações contidas no item 9.3.2 do acórdão, sem que conste nos autos qualquer informação sobre o referido “estudo”, ao qual o Centronave não teve acesso

1) o mencionado documento foi utilizado como informação adicional, não constituindo um fundamento para o **decisum**. Além disso, esse estudo é público e pode ser acessado no [site https://docplayer.com.br/1200059-Estudo-ibpt-frete-maritimo-e-seu-impacto-na-arrecadacao-tributaria-e-na-inflacao.html](https://docplayer.com.br/1200059-Estudo-ibpt-frete-maritimo-e-seu-impacto-na-arrecadacao-tributaria-e-na-inflacao.html); e

2) assim sendo, verifica-se não haver obscuridade na justificativa do item 9.3.2 do **decisum** embargado, no que concerne à disponibilidade do mencionado estudo nos autos. Ademais, o fato de a taxa de movimentação do terminal (THC) ser ou não um componente relevante do custo do frete marítimo não alteraria a determinação;

- Obscuridade na medida em que o Tribunal utiliza informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ em “recente audiência” para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.2 do acórdão, sem que conste nos autos qualquer documento atestando a realização dessa “recente audiência” ou o que teria sido informado pelo Diretor-Geral da ANTAQ nessa oportunidade

1) no voto condutor do Acórdão 923/2019-Plenário, consta expressamente que:

*“27. Acrescento que, em recente audiência, o Diretor-Geral da Antaq Mário Povia reconheceu que o pleito das associações de usuários é justo e informou que a agência já está adotando providências visando coibir eventuais abusos praticados pelos armadores, dentre as quais destacou a edição da Resolução Normativa 18/2017. Assim sendo, a autarquia deverá encaminhar, no prazo de 60 dias, os primeiros resultados concretos destas providências, com destaque para os desdobramentos das ações de fiscalização porventura empreendidas”;*

2) o TCU tem jurisdição sobre a Antaq, o que significa que a agência presta contas ao TCU e é fiscalizada pela Corte de Contas. No exercício dessas atividades, o ente regulador deve esclarecer suas decisões e adotar procedimentos determinados pelo TCU para cumprir as normas constitucionais, legais e infralegais;

3) no trecho do voto sob comento, o Ministro Relator **a quo** informou que o Diretor-Geral da Antaq estava adotando providências para executar as atribuições legais da Antaq, em especial aquelas tendentes a coibir eventuais abusos praticados pelos armadores. Essa constatação demonstra a boa-fé do dirigente da agência, a qual tem relevância para esta Corte de Contas, que deverá se manifestar sobre a respectiva gestão;

4) desta forma, o conteúdo do parágrafo 27 do voto tem relevância apenas para o próprio diretor, que veio até esta Corte de Contas justificar suas decisões e mostrar sua boa-fé. Essa declaração não produziu qualquer efeito sobre os interesses da associação de armadores;

5) não há necessidade de registrar nestes autos o exato teor da audiência em tela. Afinal, o Ministro Relator tem fé pública e a informação sob comento possui valor subjetivo, não fazendo prova de qualquer fato; e

6) cabe esclarecer que uma audiência no TCU não possui o mesmo significado daquelas realizadas nos tribunais judiciais;

- Obscuridade na medida em que o Tribunal utiliza informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.4 do acórdão, sem que conste nos autos qualquer documento sobre o conteúdo ou o contexto no qual tais informações foram transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ

1) o mencionado item 9.3.4 do **decisum** embargado apresenta a seguinte redação:

*“9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:*

*(...)*

*9.3.4. em um prazo de 90 dias, elabore e divulgue amplamente a relação de serviços mínimos que devem ser suficientes para atender às necessidades dos usuários, com o fito de padronizar as rubricas dos serviços básicos prestados pelos terminais de contêineres, definir as diretrizes acerca dos serviços inerentes, acessórios ou complementares, minimizar a ocorrência de práticas abusivas e conferir a necessária transparência”;*

2) vale destacar que a Antaq é um jurisdicionado do TCU, cujas atividades são acompanhadas por esta Corte de Contas por meio de vários processos, desde prestação de contas, auditorias e denúncias até a admissão e aposentadoria de seus servidores. Diferentemente do que ocorre nas cortes judiciais, o TCU atua de forma proativa, inclusive por meio do acesso a sistemas do jurisdicionado, buscando informações sobre seus atos e despesas;

3) a determinação acima transcrita tem como fundamento maior o princípio da publicidade, que está insculpido na Constituição Federal. Cabe salientar que os terminais portuários que atuam como concessionários de serviço público são regidos pelo direito administrativo e pelos princípios definidos nos art. 37, 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988, dentre os quais destaca-se o da livre concorrência, que deve ocorrer num ambiente de transparência;

4) quanto mais fácil for o acesso a informações sobre valores de frete, armazenagem, carregamento e descarregamento, ocorrências no porto, número de navios atracados, origem dessas embarcações, impostos e taxas a serem pagos e forma de efetuar os pagamentos e as regularizações necessárias, maior será a concorrência;

5) o mercado brasileiro para armadores e usuários é fechado e nele atuam inúmeros intermediários que executam diversos serviços que poderiam ser realizados pelos próprios usuários. Nesse ponto, a Antaq, na condição de agência reguladora, pode exigir transparência, que diminuirá os custos;

6) por exemplo, no **site** do Terminal Libra Rio consta a tabela de serviços apenas em língua portuguesa, o que já demanda que um usuário estrangeiro contrate uma tradução. Ademais, todos os formulários são disponibilizados somente nessa língua; e

7) pelas razões acima expostas, conclui-se não haver obscuridade no item 9.3.4 do Acórdão 923/2019-Plenário nem na respectiva fundamentação;

- Contradição na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ garanta (i) a prestação de “serviço adequado, em especial aos usuários”, pelos armadores (item 9.3.8 do acórdão) e (ii) a “modicidade tarifária nas THCs” (item 9.3.11 do acórdão), impondo obrigações típicas de serviços públicos aos serviços de transporte de natureza privada prestados pelos armadores. Por outro lado, o voto que fundamenta o acórdão reconhece que os serviços prestados pelos armadores são regidos por contratos privados de transporte, submetidos à liberdade de negociação e à livre concorrência

1) os referidos itens 9.3.8 e 9.3.11 do **decisum** embargado foram proferidos nos seguintes termos:

*“9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:*

*(...)*

*9.3.8. institua procedimento que ateste e assegure que os armadores e as empresas de navegação (...) estão respeitando os direitos dos demais agentes setoriais e prestando um serviço adequado, em especial aos usuários, dando ampla publicidade aos resultados desse procedimento;*

*(...)*

*9.3.11. em 180 (cento e oitenta) dias, realize estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THC cobradas dos usuários brasileiros, nos termos do art. 27, inciso II, da Lei 10.233/2001, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários”;*

2) a embargante sustenta que “serviço adequado”, cobrança de “valores adequados” e “modicidade tarifária” são “tipicamente associados à prestação de serviços públicos de titularidade do Estado”;

3) a Constituição Federal de 1988 estabelece que:

*“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*

*Parágrafo único. A lei disporá sobre:*

*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II - os direitos dos usuários;*

*III - política tarifária;*

*IV - a obrigação de manter serviço adequado.”*

4) assim, serviço público somente pode ser prestado diretamente pelo Poder Público ou por meio de concessão ou permissão. A autorização é concedida apenas para a prestação de serviços privados.

No caso dos armadores, não há prestação de serviços públicos, o que implica dizer que a natureza jurídica das atividades por eles desenvolvida é privada;

5) tais atividades estão sob a égide:

- do direito do consumidor, conforme disposto no art. 2º da Lei 8.078/1990, segundo o qual consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final;

- do direito civil, que veda o abuso do direito e privilegia a boa-fé subjetiva, além de definir outras regras e princípios aplicáveis ao caso vertente; e

- da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência);

6) o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que:

*“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”;*

7) o operador portuário que também for um concessionário deverá prestar serviço público adequado. Adicionalmente, cabe registrar que as exigências da Lei 12.815/2013, em especial a regra estabelecida no seu art. 5º, III, abrange os contratos públicos e privados. Por fim, destaque-se que o armador deve prestar serviços aos seus consumidores cumprindo as normas que regem suas relações contratuais privadas com os usuários, as quais também visam coibir abusos, como a violação da concorrência, por meio de **dumpings**, conluíus, etc;

8) no que concerne à modicidade tarifária na fixação da THC, a determinação sob exame foi dirigida à Antaq, que deve elaborar estudos para verificar se os respectivos valores, informados na cesta de serviços, são razoáveis e estão em consonância com a Lei 10.233/2001; e

9) diante do exposto, verifica-se não haver contradição nos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão 923/2019-Plenário;

- Contradição na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ realize estudos para “permitir o estabelecimento de teto” para a cobrança da THC (item 9.3.11 do acórdão). Por outro lado, o voto reconhece que não é cabível o estabelecimento desse teto (parágrafo 37 do voto)

1) o item 9.3.11 do **decisum** sob comentário foi proferido nos seguintes termos:

*“9.3.11. em 180 (cento e oitenta) dias, realize estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THC cobradas dos usuários brasileiros, nos termos do art. 27, inciso II, da Lei 10.233/2001, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários”;*

2) no voto condutor, o Ministro Relator expôs os seguintes fundamentos dessa determinação:

*“37. Por outro lado, discordo do posicionamento do representante do Ministério Público junto ao TCU, que defendeu a plausibilidade da atribuição de um valor para essa lista de serviços básica. Reconheço que é possível fixar tal valor, como foi feito, por exemplo, no contrato de arrendamento do terminal de contêineres Santos Brasil (Tecon Santos), firmado em 1997 (disponível no portal eletrônico da Companhia Docas de São Paulo – Codesp). No parágrafo quinto da cláusula vigésima daquela avença, foi estabelecido o valor máximo da denominada Taxa de Movimentação de Contêineres (TMC), representativa de serviços básicos de movimentação devidos pelos proprietários ou consignatários de carga ao terminal. Entretanto, julgo que a implementação dessa proposta poderia ensejar o estabelecimento de um piso, não de um teto, para a THC. A meu ver, o que propiciará uma redução efetiva do valor dessa taxa será a competição em um ambiente regulado de forma adequada”;*

3) não se pode olvidar que o terminal portuário/operador fixa os preços de sua cesta de serviços, que correspondem a uma tarifa e, por via de consequência, detêm a natureza de preço público. Por via de consequência, a Antaq deve examinar se esses valores estão condizentes com os praticados no mercado, com base nos dados fornecidos e coletados de todos os atores do mercado. Note-se que a qualidade dos estudos promovidos pela agência dependerá da quantidade de informações que ela detiver;

4) no caso do Terminal de Libra, o contrato de concessão não estabeleceu valor máximo para os serviços em tela. Contudo, tal valor poderá ser limitado pelo ente regulador, no exercício das competências a ele atribuídas pelo art. 27 da Lei 10.233/2001, **in verbis**:

*“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 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;*

*(...)*

*VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda;”*

5) do acima exposto, conclui-se não haver contradição entre o voto condutor do Acórdão 923/2019 e a determinação proferida no item 9.3.11, porque os terminais portuários/operadores podem definir os preços de seus serviços (**box rate** e THC), que devem ser revisados e reajustados pela Antaq, caso sejam abusivos ou ilegais;

- Contradição na medida em que o Relator reconheceu que não havia fundamento jurídico para a “outorga de autorização” aos armadores estrangeiros (parágrafo 46 do voto). Por outro lado, apontou que não haveria “impedimento” para que a ANTAQ exigisse tal autorização (parágrafo 46 do voto)

1) o parágrafo 46 do voto condutor do Acórdão 923/2019-Plenário apresenta a seguinte redação:

*“46. O TCU reconheceu que a legislação pátria não prevê esse tipo de exigência, porém, isso não impede que a agência reguladora condicione a atuação em portos nacionais de empresas nacionais e estrangeiras à outorga de autorização ou à observância de outros procedimentos que a agência julgar adequados”;*

2) em nenhum momento, o Ministro Relator reconheceu que não haveria fundamento jurídico para a “outorga de autorização” aos armadores estrangeiros. A interpretação do texto é questão relevante aqui, tanto quanto o conhecimento dos conceitos jurídicos. A frase contida no voto é “a legislação pátria não prevê esse tipo de exigência”. Isso significa que não há previsão legal, o que é diferente de inexistir “fundamento jurídico”;

3) como exercício lógico, pode-se pensar se há fundamento jurídico para autorizar caminhões a estacionarem em uma dada área pública municipal em determinadas situações. Não é difícil responder afirmativamente, eis que basta o prefeito expedir um documento;

4) não deve causar estranheza a falta de previsão legal, visto que a lei não tem como antecipar todas as situações possíveis. No caso vertente, apesar de inexistir tal previsão, a Antaq pode implementar e regular as referidas autorizações, com o fito de permitir um controle maior dos navios estrangeiros que entram e saem dos portos brasileiros. Entretanto, tal medida deve ser adotada de forma razoável, visando evitar que a obtenção dessa autorização gere custos excessivos para os armadores; e

5) diante do acima exposto, conclui-se que não há contradição no voto condutor.

7. Com espeque nessas considerações, a auditora propôs (peça 165):

a) conhecer dos presentes embargos de declaração, nos termos do art. 34, **caput** e § 1º, da Lei 8.443/1992 para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) encaminhar cópia dos presentes autos à Receita Federal do Brasil para subsidiar possível auditoria nos armadores, caso entenda conveniente aprofundar a investigação sobre a correta apropriação das receitas de THC pelos armadores que atuam no Brasil; e

c) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), ao Centro Nacional de Navegação Transatlântica (Centronave), ao denunciante, ao Terminal de Libra Rio e à Receita Federal do Brasil.

8. O Diretor da 4ª Diretoria da SeinfraPortoFerrovia e o titular daquela unidade técnica manifestaram sua concordância com essa proposta (peças 166 e 167).

É o Relatório.

## VOTO

I – Histórico

Trata-se de embargos declaratórios opostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave em face do Acórdão 923/2019-Plenário, o qual apresenta a seguinte redação:

*“9.1. conhecer dos pedidos de reexame interpostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq contra o Acórdão 1.439/2016 – Plenário, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;*

*9.2. alterar a redação do item 9.3 do Acórdão 1.439/2016 – Plenário, que passa a ser a seguinte:*

*“9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:*

*9.3.1. informe a este Tribunal, em 15 (quinze) dias, de forma fundamentada e acompanhada de evidências:*

*9.3.1.1. se a cobrança de novos serviços previstos nos itens A e F.4 da tabela de preços da Libra Terminal Rio S.A., de 25/2/2014, está em conformidade com todas as exigências estipuladas no item 5 da Cláusula Vigésima-Primeira do Contrato de Concessão e, caso encontre irregularidades, determine a suspensão das referidas cobranças, após ouvida a interessada;*

*9.3.1.2. se o prazo adotado para as faixas da cobrança das tarifas progressivas para os períodos de armazenagem previstos no Edital de Notificação de 24/2/2014:*

*(i) é compatível com os prazos demandados no porto para desembarço aduaneiro, fitossanitário e/ou outras exigências legais que preveem a manutenção da mercadoria no local; e*

*(ii) está em conformidade com as exigências do item 5 da Cláusula Vigésima-Primeira do Contrato de Concessão e com a equação econômico-financeira da concessão e, caso encontre irregularidades, determine as correções necessárias, após ouvida a interessada;*

*9.3.2. em um prazo de 60 dias, apresente a esta Corte de Contas um plano de ação detalhado com o objetivo de coibir abusos e, em especial, garantir o respeito ao caráter de ressarcimento expressamente atribuído pela agência reguladora ao THC, assegurando que o valor dispendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários;*

*9.3.3. em um prazo de 60 dias, informe a este Tribunal os resultados obtidos em decorrência das fiscalizações empreendidas após a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017, no que concerne à detecção e apuração de eventuais abusos praticados pelos armadores, informando se foram efetivamente aplicadas sanções;*

*9.3.4. em um prazo de 90 dias, elabore e divulgue amplamente a relação de serviços mínimos que devem ser suficientes para atender às necessidades dos usuários, com o fito de padronizar as rubricas dos serviços básicos prestados pelos terminais de contêineres, definir as diretrizes acerca dos serviços inerentes, acessórios ou complementares, minimizar a ocorrência de práticas abusivas e conferir a necessária transparência;*

*9.3.5. requiera dos arrendatários o encaminhamento para a Antaq dos dados relativos aos custos incorridos na prestação dos serviços mencionados no item anterior deste acórdão, com o fito de avaliar a eficiência da operação portuária;*

*9.3.6. em um prazo de 60 dias, encaminhe a este Tribunal um plano de ação detalhado referente à atuação da agência com vistas a assegurar, em conformidade com o disposto no art. 11, V, da Lei 12.233/2001, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência;*

*9.3.7. em cumprimento ao disposto no art. 178 da Constituição Federal, institua procedimento que ateste e assegure que os armadores e as empresas de navegação de países que firmaram acordos bilaterais com o Brasil estão cumprindo as regras estabelecidas nesses acordos, em especial no que concerne à observância da reciprocidade, dando ampla publicidade aos resultados desse procedimento;*

9.3.8. institua procedimento que ateste e assegure que os armadores e as empresas de navegação, que atendem aos portos brasileiros, independentemente da existência de acordos bilaterais entre o Brasil e os respectivos países de origem, estão respeitando os direitos dos demais agentes setoriais e prestando um serviço adequado, em especial aos usuários, dando ampla publicidade aos resultados desse procedimento;

9.3.9. em um prazo de 60 dias, apresente ao TCU um plano de ação detalhado com vistas ao atendimento das determinações contidas nos itens 9.3.7 e 9.3.8 deste acórdão;

9.3.10. com fulcro no art. 20, II, alínea “b”, da Lei 10.233/2001 e no princípio da promoção do desenvolvimento econômico e social previsto no art. 11 da mesma lei, apresente, em 90 (noventa) dias, plano de ação voltado à regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade, contemplando, dentre outras questões que considere pertinentes: o registro de armadores estrangeiros; o registro de preços de frete, extra-frete e demais serviços; estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros e normas para aplicação de sanção aos armadores estrangeiros em caso de omissões injustificadas de portos;

9.3.11. em 180 (cento e oitenta) dias, realize estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THC cobradas dos usuários brasileiros, nos termos do art. 27, inciso II, da Lei 10.233/2001, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários;

9.3.12. em 15 (quinze) dias, encaminhe cópia do processo administrativo que tratou da nova tabela adotada pelo arrendamento portuário Libra Terminal Rio S.A. (Libra), de 13/1/2014, informe se havia prazo para entrada em vigor daquela tabela, remeta a lista dos usuários que pagaram os valores abusivos, caso sua vigência tenha se iniciado no próprio dia 13/1/2014, e informe se houve algum ressarcimento por valores eventualmente pagos na vigência dessa tabela;”

9.3. conhecer como mera petição a peça intitulada “Carta ao Ministro ad quem”, que foi apresentada pelo Sr. André de Seixas Ponce Alves;

9.4. determinar à Seinfra PortoFerrovia que:

9.4.1. tão logo receba os planos de ação mencionados nos subitens 9.3.2, 9.3.6, 9.3.9 e 9.3.10 deste acórdão, analise esses documentos e se manifeste sobre sua adequação aos objetivos e resultados almejados pelo TCU com a expedição das determinações em tela, encaminhando à Ministra Ana Arraes a referida manifestação;

9.4.2. monitore o atendimento tempestivo às determinações contidas nos subitens 9.3.3, 9.3.4 e 9.3.11 deste acórdão; e

9.4.3. verifique se a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017 atendeu ao comando exarado no item 9.3.10 do acórdão recorrido, com a redação e a numeração conferidas pelo presente decisum;

9.5. determinar à Seinfra PortoFerrovia que, após a aprovação pelo TCU dos planos de ação acima mencionados, monitore, findos os prazos previstos nesses planos, a implementação das medidas neles previstas e os resultados comprovadamente alcançados, encaminhando à Ministra Ana Arraes o resultado dessa análise; e

9.6. dar ciência deste Acórdão à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, ao Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave e ao Sr. André de Seixas Ponce Alves.”

2. Na etapa anterior deste processo, foram analisados pedidos de reexame interpostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica - Centronave e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq contra o Acórdão 1.439/2016-Plenário, cuja redação foi mantida pelo Acórdão 1.877/2016-Plenário.

3. Por meio dos acórdãos citados no parágrafo anterior, foi julgada denúncia versando sobre as seguintes supostas irregularidades:

a) aumento abusivo, sem homologação pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), das tarifas praticadas no arrendamento portuário Libra Terminal Rio S.A. (Libra);

- b) cobrança da tarifa **terminal handling charge** (THC) sem comprovação de seu caráter de ressarcimento; e
- c) omissão da Antaq na fiscalização e na regulação da atuação dos armadores estrangeiros.
4. Em síntese, os então recorrentes alegaram que:

- Quanto à determinação contida no item 9.3.2 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, **in verbis**:

*“9.3.2. nos termos dos arts. 170, incisos I e V, da Constituição Federal e 3º da Resolução 2.389/2012 e no exercício de seu poder regulamentar e fiscalizatório, expeça orientação, no prazo de 60 (sessenta) dias, para assegurar queo THC só seja paga ao armador mediante comprovação dos custos efetivamente incorridos pelo operador portuário, observada a necessária compatibilidade entre as receitas previstas para essa atividade no contrato de concessão, até a entrada em vigor de novo regulamento.”*

- a) *“a opção regulatória mais adequada foi a de intervenção mínima”;*
- b) o TCU teria adotado como base de sua decisão a interpretação equivocada no sentido de que a relação entre usuários e armadores seria de consumo, como demonstra a indicação do art. 170, V, da Constituição Federal de 1988. Contudo, essa relação possui caráter mercantil;
- c) *“os abusos contra a Ordem Econômica devem ser prevenidos e reprimidos, seara na qual a Agência possui papel fundamental”;*
- d) o cumprimento da determinação ora sob comento, além de potencialmente significar a edição de atos contrários aos vetores da lei de regência da Antaq, instituiria um sistema dispendioso, burocrático e lento. Ademais, seria uma medida inócua quantos aos efeitos pretendidos e deletéria quanto aos efeitos não previstos, por ser impraticável a regulação do **spread** das empresas de navegação na cobrança da THC da forma como se pretende fazer; e
- e) *“a revisão da Resolução nº 2.389 - Antaq, de 2012, será de fundamental importância na compreensão dos institutos e na regulação das instalações portuárias autorizadas”;*

- Quanto à determinação contida no item 9.3.3 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, **in verbis**:

*“9.3.3. em obediência ao princípio da publicidade, regule a atuação de todos os concessionários e arrendatários, de forma a exigir a necessária divulgação aos usuários da composição dos custos da THC e de todos os itens da Cesta de Serviços, incluída nessa regulamentação a descrição, por meio de normativo próprio, de todos os serviços cobertos e informe ao Tribunal acerca do cumprimento desta determinação no prazo de 90 (noventa) dias.”*

- a) *“a determinação da composição dos custos da THC importa elevado custo regulatório, materialmente impossível de se aferir abstratamente e de se replicar em todos os contextos operacionais”;*
- b) *“a publicidade de itens de custos enseja seriíssimo risco de compartilhamento de informações sensíveis entre operadores/terminais portuários, capaz de ferir mortalmente a desejada concorrência nas dimensões intra e interportuária”;* e
- c) é imprescindível que *“se mantenha o sigilo de tais informações sobre custos entre os concorrentes”*, as quais devem ser fornecidas somente à agência reguladora;

- Quanto à determinação contida nos itens 9.3.4 e 9.3.5 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, **in verbis**:

*“9.3.4. com fundamento nos arts. 178 da Constituição Federal e 1º, III, da Lei 9.432/1997, institua, em 90 (noventa) dias, procedimento que ateste e assegure que as empresas de navegação estrangeiras que atendem aos portos brasileiros estão enquadradas nos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade, por meio de outorga de autorização ou outro ato administrativo com esse fim, dando ampla publicidade acerca dos países que atendem as condições constitucionais e legais;*

9.3.5. *com fulcro no art. 20, II, alínea “b”, da Lei 10.233/2001 e no princípio da promoção do desenvolvimento econômico e social previsto no art. 11 da mesma lei, apresente, em 90 (noventa) dias, plano de ação voltado à regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade, contemplando, dentre outras questões que considere pertinentes: o registro de armadores estrangeiros; o registro de preços de frete, extra-frete e demais serviços; estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros e normas para aplicação de sanção aos armadores estrangeiros em caso de omissões injustificadas de portos.”*

a) contestou a *“afirmativa de que a Lei 9.432, de 1997, não se aplicaria a todas as nacionalidades de armadores sob o argumento de que o inciso II do artigo 1º determinou que aquele diploma legal se aplica apenas aos casos dos estrangeiros amparados por acordos firmados pela União.”* Afinal, quando o legislador quis restringir a aplicação aos acordos, o fez explicitamente, conforme se nota no artigo 6º dessa norma legal, que limita a aplicação do dispositivo ao optar pela expressão *“exclusivamente na forma dos acordos firmados pela União”*;

b) no artigo 5º dessa lei, que dispõe sobre a navegação de longo curso, a indicação do legislador foi clara, uma vez que utilizou a expressão *“observados os acordos firmados pela União”*. Assim sendo, verifica-se que *“o legislador foi explícito em sua intenção de desvincular a necessidade de firmar acordos com a União para que se opere na navegação de longo curso. Basta o armador estrangeiro não desobedecer aos acordos já firmados e vigentes no Brasil para o respeito à Lei nº 9.432, de 1997”*;

c) o Brasil é signatário de *“diversos tratados internacionais sobre o assunto, principalmente no âmbito da International Maritime Organization (IMO), não restringindo a Lei 9.432, de 1997, a acordos bilaterais”*. Ademais, o IMO *“mantém lista atualizada de todos os países signatários de seus tratados”*, a qual está acessível na **Internet**;

d) *“nem a Lei 9.432, de 1997, nem a Lei 10.233, de 2001, tampouco o Código Civil, criaram a obrigação de que as empresas de navegação estrangeira sejam autorizadas pela Antaq para operarem no país na navegação de longo curso”*;

e) a unidade técnica entendeu que *“a ausência de outorga para a operação de navegação de longo curso de empresas de navegação estrangeiras está em conformidade com os ditames legais e constitucionais”*; e

f) *“a ausência de outorga para a operação de navegação de longo curso de empresas de navegação estrangeiras está em conformidade com os normativos vigentes, em especial os artigos 21, XII, alínea ‘d’, e 178, da Constituição da República”*;

**- Quanto à determinação contida no item 9.3.6 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, in verbis:**

*“9.3.6. em 180 (cento e oitenta) dias, realize estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THCs cobradas dos usuários brasileiros, nos termos do art. 27, inciso II, da Lei 10.233/2001, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários”*.

a) *“ainda que se faça possível o levantamento de dados e esforços de comparação, os óbices legais, informacionais e técnico-econômicos afastam a possibilidade de regulação de preços-teto ao THC”*; e

b) além das *“diferenças operacionais entre os portos brasileiros e estrangeiros”*, cabe salientar que a realização dos estudos preconizados pelo TCU poderia *“produzir conclusões descoladas da realidade e, nessa medida, custosas e infactíveis ao regulador e, sobretudo, de o usuário final dos serviços suportar”*;

**- Outras alegações do Centronave**

a) questionou a competência desta Corte de Contas para proferir as referidas determinações, afirmando que o TCU *“não pode determinar o conteúdo das normas e procedimentos regulatórios a*

serem expedidos e executados pelas agências reguladoras, como a Antaq”, o que teria sido feito em algumas ocasiões pela unidade técnica;

b) “em relação à cobrança da tarifa THC, a Antaq já está conduzindo a revisão da Resolução nº 2.389/2012. No Exame Técnico especializado do caso, a própria Unidade Técnica atestou que não havia qualquer providência a ser tomada pelo TCU, razão pela qual as determinações dos itens 9.3.2, 9.3.3 e 9.3.6 do Acórdão devem ser reformadas”; e

c) “quanto à fiscalização e regulação dos armadores estrangeiros, tanto a Antaq quanto a Unidade Técnica do TCU reconhecem que não há dispositivo legal que disponha sobre a exigência de outorga para a operação de armadores estrangeiros na navegação de longo curso, razão pela qual as determinações dos itens 9.3.4 e 9.3.5 do Acórdão também devem ser integralmente reformadas”.

5. Após o exame preliminar da admissibilidade desses recursos, a Secretaria de Recursos propôs:

a) não conhecer do pedido de reexame interposto pelo Centronave, em razão da ausência de legitimidade e interesse recursal, nos termos dos arts. 48 da Lei 8.443/1992 e 146 e 282 do Regimento Interno do TCU;

b) conhecer do pedido de reexame interposto pela Antaq, tendo em vista que foram atendidos os requisitos aplicáveis à espécie.

6. Solicitei, em caráter excepcional, a oitiva do Ministério Público junto ao TCU. Em atendimento ao meu pedido, o Procurador-Geral Paulo Soares Bugarin emitiu parecer, no qual concordou com as propostas formuladas pela Serur.

7. Discordei parcialmente da unidade técnica e do **Parquet** especializado, no sentido de deferir, em caráter excepcional, o ingresso do Centronave neste processo, na condição de interessado, e conheci de ambos os pedidos de reexame, nos termos dos arts. 32, I, e 48, da Lei 8.443/1992 e 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU. Por via de consequência, suspendi os efeitos dos itens 9.3.2, 9.3.3, 9.3.4 e 9.3.6 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, que foram atacados nas peças recursais.

8. Após analisar as alegações dos recorrentes, a Serur concluiu que eles não conseguiram demonstrar que as determinações sob comento precisariam ser alteradas. Por via de consequência, a unidade técnica propôs que o acórdão recorrido fosse mantido em seus exatos termos.

9. Por meio de despacho, solicitei o obséquio da manifestação do Ministério Público junto ao TCU. Em atendimento a esse pleito, o Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin emitiu parecer, no qual discordou parcialmente da Secretaria de Recursos e propôs:

a) conhecer e dar provimento parcial aos pedidos de reexame trazidos pela Antaq e pelo Centronave;

b) suprimir do Acórdão 1.439/2016-Plenário os itens 9.3.2 e 9.3.4;

c) manter inalterados os itens 9.3.5 e 9.3.6 do referido **decisum**; e

d) conferir nova redação ao item 9.3.3 da decisão vergastada, no sentido de determinar à Antaq que:

- elabore a relação de serviços mínimos a serem definidos como uma THC básica, que seja suficiente para atender à necessidade dos usuários e aplicável a todos os terminais de contêineres;

- exija a divulgação, pelos operadores portuários, da tarifa relativa a essa THC básica, em atendimento ao princípio da transparência; e

- requeira dos arrendatários os dados relativos aos custos incorridos na prestação de tais serviços, com o fim de avaliar a modicidade tarifária.

10. No meu voto condutor do acórdão ora embargado, destaquei que:

10.1. No que concerne à determinação contida no item 9.3.2 do Acórdão 1.439/2016-Plenário

a) era necessário que o TCU determinasse à Antaq que esta adotasse os procedimentos necessários para coibir abusos e, em especial, garantir o respeito ao caráter de ressarcimento expressamente atribuído pela agência reguladora à THC. Nesse sentido, o ente regulador deveria atuar buscando assegurar que o valor pago pelos usuários correspondesse efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários;

b) tendo em vista a necessidade de respeitar o espaço discricionário do ente regulador, caberá a ele definir esses procedimentos, competindo ao Tribunal fixar um prazo de 60 dias para que a agência apresente a esta Corte de Contas um plano de ação detalhado a ser implementado com esse objetivo;

c) em recente audiência, o Diretor-Geral da Antaq Mário Povia reconheceu que o pleito das associações de usuários é justo e informou que a agência já estava adotando providências visando coibir eventuais abusos praticados pelos armadores, dentre as quais destacou a edição da Resolução Normativa 18/2017. Assim sendo, a autarquia deveria encaminhar, no prazo de 60 dias, os primeiros resultados concretos destas providências, com destaque para os desdobramentos das ações de fiscalização porventura empreendidas;

d) era necessário evitar uma ingerência desnecessária na execução do contrato privado de transporte, conforme argumentado pelos recorrentes. Com esse espírito, avaliei que a determinação em tela não devia subsistir, uma vez que ela previa que, para fazer jus ao recebimento da THC, o armador precisaria demonstrar os custos incorridos por terceiro, o operador portuário. A condição assim imposta para o pagamento exigia que a empresa de transporte marítimo detivesse dados sobre os custos operacionais do terminal e conhecesse as cláusulas e a equação econômica do contrato de arrendamento do terminal de contêineres, o que não parecia razoável; e

e) diante do acima exposto, considerei que devia ser dado provimento parcial aos recursos apresentados, para excluir a determinação contida no item 9.3.2 do acórdão recorrida. Entretanto, pelos motivos acima expostos, julgo que ela deveria ser substituída por duas outras determinações;

#### 10.2. No que concerne à determinação contida no item 9.3.3 do Acórdão 1.439/2016-Plenário

a) foi demonstrada a necessidade de mudanças na atuação da agência, o que se buscou alcançar por meio da determinação ora recorrida. Ademais, entendi que a Antaq dispunha das condições necessárias para estabelecer uma composição básica da THC, a partir da seleção de serviços portuários regulados ofertados pelos terminais arrendatários, que representem um conjunto de operações comuns realizadas sobre cada contêiner. Até porque o Diretor-Geral dessa agência havia informado que a entidade estava elaborando a mencionada composição básica, com o intuito de evitar práticas abusivas e conferir maior transparência às atividades desenvolvidas no setor portuário;

b) por outro lado, discordei do posicionamento do representante do Ministério Público junto ao TCU, que defendeu a plausibilidade da atribuição de um valor para essa lista de serviços básica. Reconheci que era possível fixar tal valor, como foi feito, por exemplo, no contrato de arrendamento do terminal de contêineres Santos Brasil (Tecon Santos), firmado em 1997 (disponível no portal eletrônico da Companhia Docas de São Paulo – Codesp). No parágrafo quinto da cláusula vigésima daquela avença, foi estabelecido o valor máximo da denominada taxa de movimentação de contêineres (TMC), representativa de serviços básicos de movimentação devidos pelos proprietários ou consignatários de carga ao terminal. Entretanto, julguei que a implementação dessa proposta poderia ensejar o estabelecimento de um piso, não de um teto, para a THC. Frisei que uma redução efetiva do valor dessa taxa decorreria da competição em um ambiente regulado de forma adequada;

c) considerei que assistia razão à Antaq no que diz respeito à preocupação com a divulgação aos usuários das composições de custos de todos os itens de serviço. Nesse particular, entendi que tais dados deveriam ser disponibilizados somente para a agência reguladora, que os utilizará para garantir uma operação portuária eficiente; e

d) com fulcro nessas considerações, julguei adequado dar provimento parcial aos pedidos de reexame, de modo a alterar a redação da determinação contida no item 9.3.3 do acórdão recorrido, no sentido de determinar à autarquia federal que elaborasse, num prazo de 90 dias, a relação de serviços mínimos considerados suficientes para atender às necessidades dos usuários. Adicionalmente, ressaltei que a Antaq deveria requerer dos arrendatários os dados relativos aos custos incorridos na prestação de tais serviços, com o fito de avaliar a eficiência dos serviços prestados;

#### 10.3. Quanto à determinação contida no item 9.3.4 do Acórdão 1.439/2016-Plenário

a) preliminarmente, ressaltei que, do ponto de vista material, a expedição da determinação em tela foi devidamente justificada;

b) já sob o aspecto jurídico, frisei que a Antaq deveria emitir normas e adotar procedimentos com o fito de garantir a observância dos termos acordados pelo Brasil com os demais países, com ênfase na reciprocidade, tendo em vista a expressa determinação constitucional contida no art. 178 de nossa Lei Maior, **in verbis**:

*“Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”;*

c) acrescentei que o TCU devia instar a agência reguladora a exercer suas funções, dentre as quais merecia destaque a preservação dos direitos dos usuários do setor de portos. Por outro lado, esta Corte não devia violar a esfera discricionária da agência, ou seja, não era possível substituir o ente regulador no que concerne à escolha dos procedimentos que serão por ele adotados;

d) com esboço no acima exposto, julguei que devia ser determinado à Antaq que implementasse os procedimentos necessários para garantir a observância dos termos acordados pelo Brasil com os demais países, com ênfase na reciprocidade. Para tanto, a agência devia escolher, de forma fundamentada, quais medidas são adequadas e convenientes. Por fim, considerei que o ente regulador deveria apresentar ao Tribunal, em noventa dias, um plano de ação detalhado elaborado com essa finalidade;

e) aduzi concordar com a tese levantada pela agência reguladora no sentido de que empresas de países que não celebraram acordos bilaterais com o Brasil podem atuar na navegação de longo curso. Essa tese encontra respaldo nos diversos acordos internacionais multilaterais celebrados pelo nosso país, com destaque para aqueles firmados no âmbito da International Maritime Organization (IMO); e

f) nesse contexto, julguei imprescindível que a Antaq adotasse procedimentos visando atestar e assegurar que as empresas de navegação estrangeiras que atendem aos portos brasileiros estão respeitando os direitos dos demais agentes setoriais, em especial dos usuários. A escolha desses procedimentos deveria ser feita pelo ente regulador, de forma devidamente motivada, no exercício de sua competência discricionária. Ademais, entendi que o TCU devia fixar um prazo de 60 dias para que a agência encaminhasse ao Tribunal um plano de ação detalhado visando ao atingimento dos objetivos em tela. Por fim, ressaltei que a Antaq devia conferir ampla publicidade aos resultados das medidas por ela adotadas.

#### 10.4. Quanto à determinação contida no item 9.3.5 do Acórdão 1.439/2016-Plenário

a) preliminarmente, esclareci que essa determinação somente foi impugnada pelo Centronave. A agência reguladora informou ter publicado, em dezembro de 2017, a Resolução Normativa 18/2017, a qual *“aprova a norma que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso e estabelece infrações administrativas”;*

b) a referida norma foi editada com o fito de regulamentar os direitos e deveres dos agentes e usuários do setor de navegação e, segundo o ente regulador, teria levado na devida conta a análise do impacto regulatório; e

c) diante disso, entendi que a determinação ora sob comento não devia ser alterada. Ademais, julguei ser oportuna e conveniente a proposta formulada pelo Ministério Público junto ao TCU no sentido de que, em monitoramento futuro do acórdão ora recorrido, seja analisado se a edição da norma em tela significou o efetivo cumprimento desta determinação;

#### 10.5. Quanto à determinação contida no item 9.3.6 do Acórdão 1.439/2016-Plenário

a) em linha de sintonia com a unidade técnica e com o Ministério Público junto ao TCU, julguei que essa determinação devia ser mantida em seus exatos termos. Afinal, ao exará-la, esta Corte de Contas buscou dotar a Antaq das informações necessárias para que ela regulasse de forma adequada o mercado, em especial no que concerne à THC.

11. Com base nessas considerações, proferi o voto que fundamentou a prolação do Acórdão 923/2019-Plenário, anteriormente transcrito nestes autos.

12. Irresignado, o Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave opôs os embargos de declaração ora sob exame, nos quais alegou a existência das seguintes supostas obscuridades e contradições:

a) obscuridade no que diz respeito ao fundamento utilizado pelo Tribunal para determinar que a ANTAQ assegure que “o valor dispendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários”, especialmente considerando que o voto reconhece que a THC “não possui natureza de tarifa portuária, mas de preço praticado entre particulares, que é estabelecido com base em tarifas cobradas pelo operador portuário em razão dos serviços prestados ao armador”;

b) obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de “estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário - IBPT” para justificar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, sem que conste nos autos qualquer informação sobre o referido “estudo”, ao qual o Centronave não teve acesso;

c) obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ em “recente audiência” para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, sem que conste nos autos qualquer documento atestando a realização dessa “recente audiência” ou o que teria sido informado pelo Diretor-Geral da ANTAQ nessa oportunidade;

d) obscuridade na medida em que o Tribunal se utiliza de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.4 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, sem que conste nos autos qualquer documento sobre o conteúdo ou o contexto no qual tais informações foram transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ;

e) contradição na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ garanta (i) a prestação de “serviço adequado, em especial aos usuários” pelos armadores e (ii) a “modicidade tarifária nas THCs”, impondo obrigações típicas de serviços públicos aos serviços de transporte de natureza privada prestados pelos armadores. Por outro lado, o voto que fundamenta o Acórdão 1.439/2016-Plenário reconhece que os serviços prestados pelos armadores são regidos por contratos privados de transporte, submetidos à liberdade de negociação e à livre concorrência;

f) contradição na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ realize estudos para “permitir o estabelecimento de teto” para a cobrança da THC. Por outro lado, o voto reconhece que não é cabível o estabelecimento de um teto para a THC; e

g) contradição na medida em que Relator reconhece no voto que não há fundamento jurídico para a “outorga de autorização” aos armadores estrangeiros. Por outro lado, apontou que não haveria “impedimento” para que a ANTAQ exigisse tal autorização.

13. Com fulcro nessas alegações, o Centronave requereu o conhecimento e o provimento dos presentes embargos, com o fito de sanar as contradições e obscuridades explicitadas acima em relação às determinações constantes nos itens 9.3.2, 9.3.4, 9.3.8, 9.3.10 e 9.3.11 do Acórdão 1.439/2016-Plenário. Adicionalmente, solicitou a concessão de efeito infringente a estes declaratórios, no sentido de eliminar as falhas apontadas no **decisum** em tela.

14. Por meio de despacho, solicitei, em caráter excepcional, a manifestação da SeinfraPortoFerrovia sobre os recursos ora sob comento. A unidade técnica, após analisar as questões suscitadas pelo embargante, concluiu que não restou demonstrada a existência de qualquer obscuridade ou contradição no voto e no acórdão em tela. Por via de consequência, propôs conhecer destes embargos de declaração para, no mérito, negar-lhes provimento. Adicionalmente, sugeriu que seja encaminhada cópia destes autos para a Receita Federal, para que aquele órgão adote as providências por ele consideradas cabíveis em relação à verificação da regularidade fiscal das apropriações dos valores recebidos pelos armadores a título de THC.

## II – Análise dos presentes embargos

15. Preliminarmente, reitero que o recurso sob exame deve ser conhecido, uma vez que foram atendidos os requisitos estabelecidos nos arts. 34 da Lei Orgânica do TCU e 287 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

16. Com espeque na análise efetuada pela SeinfraPortoFerrovia, que incorporo desde já às minhas razões de decidir, manifesto minha concordância com a proposta formulada pela unidade técnica. Contudo, entendo necessário tecer considerações adicionais, o que passo a fazer. Para facilitar a compreensão dos meus pares, analisarei as sete alegadas obscuridades e contradições de forma individualizada e na ordem em que foram relacionadas no parágrafo 12 deste voto.

### II.1. Quanto à alegada obscuridade relativa à fundamentação do item 9.3.2 do Acórdão 1.439/2016-Plenário

17. Trata-se de determinação para que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, em um prazo de 60 dias, apresente a esta Corte de Contas um plano de ação detalhado com o objetivo de coibir abusos e, em especial, garantir o respeito ao caráter de ressarcimento expressamente atribuído pela agência reguladora à THC, assegurando que o valor despendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários.

18. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que, consoante disposto no art. 2º, VII, da Resolução 2.389/2012-Antaq, a taxa de movimentação no terminal (**terminal handling charge - THC**) é o preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal.

19. Saliento que consoante estabelecido no art. 2º, X, da Resolução 34/2019-Antaq, que revogou a mencionada Resolução 2.389/2012-Antaq após a prolação do acórdão embargado, a taxa de movimentação no terminal (**terminal handling charge - THC**) é *“o 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 a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação”*.

20. Aduzo que o art. 3º da Resolução 2.389/2012-Antaq estabelecia que a THC poderia ser cobrado pela empresa de navegação, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas assumidas com a movimentação das cargas pagas ao operador portuário, ou seja, a cesta de serviços (**box rate**).

21. A Resolução Antaq 34/2019 manteve essa regra, como se observa no dispositivo abaixo transcrito:

*“Art. 3º A Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC) poderá ser cobrada pelo transportador marítimo, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas discriminadas no inciso X do art. 2º, assumidas com a movimentação das cargas e pagas à instalação portuária ou ao operador portuário”*.

22. Da leitura desses dispositivos, depreende-se o caráter de ressarcimento da THC, que corresponde ao pagamento pelos usuários das despesas decorrentes da movimentação das cargas, que foram inicialmente incorridas pelo armador.

23. Cumpre explicar que os serviços disponibilizados na **box rate** são realizados pelo operador portuário e compreendem o armazenamento dos contêineres, o carregamento e descarregamento dos navios, a operacionalização das entradas e saídas de caminhões com as cargas, etc. Os respectivos contratos são celebrados pelo operador portuário e pelos armadores, que transportam as cargas de seus clientes (exportadores, importadores e consignatários). Em síntese, o armador paga ao operador pelos

serviços prestados e recebe dos usuários pelos serviços executados por ele e pelo operador portuário. Para implementar esse esquema operacional, os usuários firmam contrato apenas com o armador.

24. Em conformidade com o art. 4º da Resolução Normativa Antaq 34/2019, que repetiu a regra estabelecida no art. 4º da Resolução Antaq 2.389/2012, a remuneração dos serviços prestados pelo operador pode ser livremente negociada, **in verbis**:

*“Art. 4º Os serviços contemplados na Cesta de Serviços (Box Rate) são realizados pela instalação portuária ou pelo operador portuário, na condição de contratado do transportador marítimo, mediante remuneração livremente negociada, estabelecida em contrato de prestação de serviço ou divulgada em tabela de preços.”*

25. Tendo em vista que o art. 3º dessa norma dispõe que a THC será cobrada pelo transportador marítimo para ressarcir o operador portuário, os usuários devem ter conhecimento dos valores pagos ao referido operador. Note-se que a única forma de os exportadores, importadores e consignatários terem conhecimento de quanto pagam pelos serviços do operador portuário é esse último informar o valor. Por via de consequência, a Antaq pode exigir do operador que informe aos usuários as quantias a ele pagas pelos armadores, utilizando um procedimento que deve ser definido pela própria agência reguladora.

26. Por outro lado, o ente regulador não pode interferir nos contratos firmados pelos armadores e pelos usuários, em especial no que concerne à remuneração auferida pelos primeiros em contrapartida à prestação dos seus serviços. Cabe acrescentar que o art. 6º da Resolução Antaq 34/2019 prevê que o operador portuário pode prestar serviços *“mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes ou usuários”*. Nesse sentido, preserva-se a natureza negocial das avenças celebradas por operadores portuários, armadores e usuários.

27. Friso que, consciente dessa autonomia negocial, o TCU não determinou que a Antaq interfira nos preços cobrados dos armadores pelos operadores portuários, apenas reiterou o caráter de ressarcimento da THC, que foi reconhecido pela própria agência. Em outras palavras, o Tribunal ratificou o entendimento de que o valor pago pelos usuários não pode superar a quantia paga pelos armadores aos operadores portuários, sem se imiscuir na fixação dessa quantia.

28. Por fim, registro que o quadro apontado pelo TCU no relatório e no voto que fundamentaram o acórdão ora embargado foi confirmado no Relatório de Fiscalização da Navegação Marítima – FIMA 10/2019/UREFL/SFC, recentemente emitido pela Antaq, em decorrência do processo de apuração de denúncia recebida pela ouvidoria daquela agência reguladora.

29. A mencionada denúncia foi formulada pela empresa usuária Ponto Sul International Business Ltda. contra a empresa ANX Logística Internacional e Agenciamento Ltda., que atuou como um agente intermediário na prestação de serviços por diversos usuários em diversos terminais.

30. A equipe de fiscalização da agência salientou que:

*“6.3. Para os contêineres listados pelo denunciante, em 137 dos 139 contêineres analisados, os valores pagos aos terminais pelos armadores se mostram inferiores àqueles cobrados dos usuários a título de THC. Tal constatação se deu para todos os armadores envolvidos no transporte dos contêineres listados, sem exceção, o que leva a deduzir se tratar de suposta prática que, embora se caracterize por ilícita, é praxe no mercado de fretes.*

*6.4. A Equipe de Fiscalização identificou, dessa forma, que no universo dos 134 contêineres acima elencados (desconsiderados os 5 contêineres para os quais não se têm informações suficientes), há uma diferença de R\$ 32.840,83 entre o "THC COBRADO DO CLIENTE" e o "BOX RATE COBRADO DO ARMADOR", ou seja, enquanto que a ANX desembolsou R\$ 98.090,47 para pagamento de THC nos terminais de destino, os armadores desembolsaram, na verdade, R\$ 65.249,64 para o pagamento a título de Box Rate aos terminais de destino dos contêineres, o que configura um sobrepreço de aproximadamente 50,33% sobre os valores de Box Rate efetivamente desembolsados. Dessa forma, os armadores estariam supostamente auferindo lucro sobre um preço que na verdade configura ressarcimento de um serviço prestado pelo terminal ao armador, nos termos do disposto no art. 2º, incisos VI e VII, da Norma aprovada pela Resolução nº 2.389-ANTAQ.*

6.5. Por esta razão, a Equipe de Fiscalização conclui que há indícios que demonstram que procede a denúncia formulada pela Denunciante relativamente à sua materialidade, qual seja, pela existência de evidências que indicam a cobrança abusiva/indevida por parte dos armadores responsáveis pelo transporte das unidades relacionadas na denúncia, tendo em vista que cobra-se do cliente, supostamente, valores de THC que não condizem com os de Box Rate previamente acordados com os terminais portuários (valores de THC superiores aos de Box Rate), o que configuraria infração tipificada pelo art. 27, inciso III, c/c dos arts. 4º e 5º, da Resolução Normativa nº 18-ANTAQ, senão vejamos:

#### RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 18-ANTAQ

(...)

Art. 4º Os transportadores marítimos e os agentes intermediários devem prestar informações corretas, claras, precisas e ostensivas, em especial dar conhecimento prévio de todos os serviços, operações ou disponibilidade a serem contratados pelos usuários, incluindo a especificação dos valores aplicáveis de preços, fretes, taxas e sobretaxas.

Parágrafo único. As informações indicadas no **caput** deverão ser acessíveis de maneira clara e precisa, até a contratação, ao embarcador, consignatário, endossatário ou portador do conhecimento de carga – BL, independentemente de ser contratante ou não.

Art. 5º Os transportadores marítimos e os agentes intermediários devem abster-se de práticas lesivas à ordem econômica por meio de atos sob qualquer forma manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

Art. 27. Constituem infrações administrativas de natureza média:

(...)

III - cobrar preços, fretes, taxas ou sobretaxas que não tenham sido previamente acordados, ou cobrar valores diferentes daqueles previamente acordados, conforme o disposto no art. 4º: multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais);”

31. Por oportuno, esclareço que a equipe de fiscalização da Antaq concluiu que:

“Diante de todos os fatos levantados no decorrer da presente Ação de Fiscalização Extraordinária, a Equipe de Fiscalização concluiu que a denúncia apresentada pela PONTO SUL em face do Agente Intermediário ANX não procede quanto à autoria, mas conclui que há indícios que demonstram que a denúncia formulada pela Denunciante procede relativamente à sua materialidade frente aos armadores, qual seja, pela existência de indícios que indicam a cobrança abusiva/indevida por parte dos armadores responsáveis pelo transporte das unidades relacionadas na denúncia, tendo em vista que cobrasse do cliente, aparentemente, valores de THC que não condizem com os de Box Rate previamente acordados com os terminais portuários (valores de THC superiores aos de Box Rate), o que configuraria infração tipificada pelo art. 27, inciso III, c/c dos arts. 4º e 5º, da Resolução Normativa nº 18 ANTAQ.”

32. Nesse contexto, fica patente que a efetiva atuação da agência reguladora é necessária devido à falha de mercado configurada pela assimetria de informações observada na situação em apreço. O usuário do serviço portuário desconhece os parâmetros da cobrança que lhe é imposta pela empresa de transporte marítimo. Ao mesmo tempo, ficou claro nos autos que a Antaq não exercia um controle adequado sobre os valores recolhidos a título de THC.

33. Lembro que a Lei 10.233/2001 estabeleceu que:

“Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

(...)

III – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;

(...)

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

(...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

(...)

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 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.”

34. Nesse mesmo sentido, acrescento que, mesmo em um mercado com regime de preços relativamente livres, é obrigatória a regulação da agência para verificar se há abuso ou outra infração à ordem econômica, conforme estabelecem os arts. 3º, II, da Lei 12.815/2013 e 31 da Lei 10.233/2001, **in verbis**:

“Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

(...)

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários”.

“Art. 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso”.

35. Com fulcro no acima exposto, julgo ter sido totalmente afastada a obscuridade apontada pelo recorrente.

II.2. Quanto à alegada obscuridade relativa à suposta utilização pelo Tribunal de “estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário - IBPT” para justificar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão 1.439/2016-Plenário

36. No parágrafo 21 do voto condutor do acórdão embargado, foi consignado que:

“Dito de outra forma, cabe indagar se o respeito aos direitos dos usuários e dos operadores portuários está sendo efetivamente assegurado pela regulação setorial exercida pela Antaq. Até porque, sempre é bom lembrar, o valor da Taxa de Movimentação no Terminal é um componente relevante do custo do frete marítimo (segundo estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, o valor da THC e da THC2 somados corresponde a 54,44% do mencionado custo).”

37. Observo que a menção ao referido estudo não teve o objetivo de justificar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, cujos fundamentos foram devidamente explicitados naquele voto. Aduzo que tais fundamentos foram novamente expostos na seção II.1 deste voto, quando foi afastada a alegada obscuridade que supostamente existiria em relação a essa fundamentação.

38. Na verdade, no parágrafo em tela, busquei apenas fornecer uma estimativa da ordem de grandeza dos valores envolvidos, o que implica dizer que se trata de uma informação de caráter acessório, não tendo exercido um papel relevante na formação do juízo de valor emitido por esta Corte de Contas.

39. Por fim, saliento que o referido estudo é público e pode ser acessado no [site https://docplayer.com.br/1200059-Estudo-ibpt-frete-maritimo-e-seu-impacto-na-arrecadacao-tributaria-e-na-inflacao.html](https://docplayer.com.br/1200059-Estudo-ibpt-frete-maritimo-e-seu-impacto-na-arrecadacao-tributaria-e-na-inflacao.html).

40. Assim sendo, julgo que não restou configurada a obscuridade apontada pelo embargante.

II.3. Quanto à alegada obscuridade relativa à utilização pelo Tribunal “de informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ em recente audiência para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.2 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, sem que conste nos autos qualquer documento atestando a realização dessa recente audiência ou o que teria sido informado pelo Diretor-Geral da ANTAQ nessa oportunidade”

41. No voto condutor do Acórdão 923/2019-Plenário, consignei que:

*“27. Acrescento que, em recente audiência, o Diretor-Geral da Antaq Mário Povia reconheceu que o pleito das associações de usuários é justo e informou que a agência já está adotando providências visando coibir eventuais abusos praticados pelos armadores, dentre as quais destacou a edição da Resolução Normativa 18/2017. Assim sendo, a autarquia deverá encaminhar, no prazo de 60 dias, os primeiros resultados concretos destas providências, com destaque para os desdobramentos das ações de fiscalização porventura empreendidas”.*

42. É cediço que o TCU tem jurisdição sobre a Antaq; logo, seus dirigentes prestam contas de seus atos funcionais para a Corte de Contas. No trecho do voto sob comento, informei que o Diretor-Geral da agência afirmou que estava adotando providências para executar as atribuições legais daquele ente regulador, em especial aquelas tendentes a coibir eventuais abusos praticados pelos armadores. Essa constatação demonstra a boa-fé do dirigente da agência, a qual tem relevância para esta Corte de Contas, que deverá se manifestar sobre a respectiva gestão.

43. Aliás, o dirigente da Antaq não só prestou esses esclarecimentos na audiência em tela, mas também tem encaminhado ao TCU documentos nos quais relata as providências que tem adotado a respeito das determinações exaradas por este Tribunal, uma vez que a agência não opôs embargos ao acórdão ora recorrido.

44. Esclareço ainda que não há necessidade de registrar nestes autos o exato teor do que foi tratado na audiência sob comento. Afinal, as audiências realizadas com os membros do Tribunal não se revestem do mesmo grau de formalismo vigente nos órgãos do Poder Judiciário.

45. Também julgo desnecessário apresentar qualquer comprovante da ocorrência da reunião em tela, uma vez que, como é sabido, as afirmações de um Ministro constantes de seus votos possuem fé pública.

46. Diante do acima exposto, julgo inexistir a obscuridade apontada pelo recorrente.

II.4. Quanto à alegada obscuridade relativa à utilização pelo Tribunal de “informações aparentemente transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ para fundamentar as determinações contidas no item 9.3.4 do Acórdão 1.439/2016-Plenário, sem que conste nos autos qualquer documento sobre o conteúdo ou o contexto no qual tais informações foram transmitidas pelo Diretor-Geral da ANTAQ”

47. Pelos motivos expostos na seção II.3 deste voto, entendo que não restou configurada a obscuridade apontada pelo embargante.

II.5. Quanto à alegada contradição supostamente existente na determinação do TCU para que a ANTAQ garanta a prestação pelos armadores de serviço adequado aos usuários e a modicidade tarifária na THC, uma vez que estariam sendo impostas obrigações típicas de serviços públicos ao transporte de natureza privada prestado pelos armadores. Ademais, o voto que fundamenta o Acórdão 1.439/2016-Plenário teria reconhecido que os serviços prestados pelos armadores são regidos por contratos privados de transporte, submetidos à liberdade de negociação e à livre concorrência

48. Nos itens 9.3.8 e 9.3.11 do **decisum** embargado, este Plenário decidiu:

*“9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:*

*(...)*

*9.3.8. institua procedimento que ateste e assegure que os armadores e as empresas de navegação (...) estão respeitando os direitos dos demais agentes setoriais e prestando um serviço adequado, em especial aos usuários, dando ampla publicidade aos resultados desse procedimento;*

*(...)*

*9.3.11. em 180 (cento e oitenta) dias, realize estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THC cobradas dos usuários brasileiros, nos termos do art. 27, inciso II, da Lei 10.233/2001, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários”.*

49. Reconheço que os armadores não prestam serviços públicos, o que implica dizer que a natureza jurídica dos serviços por eles prestados é privada. Assim sendo, eles se encontram sob a égide do direito do consumidor, que protege os usuários contra abusos na cobrança de preços; do direito civil, que veda o abuso do direito e privilegia a boa-fé subjetiva; e da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), que também proíbe a prática de atos abusivos.

50. Assim sendo, o armador deve prestar serviços aos seus usuários observando as normas que regem suas relações contratuais privadas, as quais, consoante mencionado acima, visam coibir abusos.

51. Reitero que, consoante exposto no parágrafo 33 deste voto, a Lei 10.233/2001 estabeleceu como um dos objetivos da Antaq a regulação e a supervisão das atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas.

52. Dessa forma, constato que a própria lei que criou a agência incluiu entre seus objetivos a preservação da modicidade dos fretes e tarifas, ao mesmo tempo em que relacionou os padrões que devem ser atingidos para que um serviço seja considerado adequado.

53. Em seguida, a mesma lei definiu ser um objetivo da Antaq harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica. Novamente, verifico que as atribuições da agência vão muito além da regulação da prestação de serviços públicos, uma vez que adentram a análise de condutas à luz da legislação relativa à defesa da ordem econômica e da competição.

54. Com fulcro nessas considerações, julgo inexistir a contradição apontada pelo embargante.

II.6. Quanto à alegada contradição supostamente existente na determinação do TCU para que a ANTAQ realize estudos para permitir o estabelecimento de teto para a cobrança da THC, uma vez que o voto reconhece que não é cabível o estabelecimento desse teto

55. O item 9.3.11 do **decisum** em tela apresenta a seguinte redação:

*“9.3.11. em 180 (cento e oitenta) dias, realize estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THC cobradas dos usuários brasileiros, nos termos do art. 27, inciso II, da Lei 10.233/2001, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários”.*

56. No meu voto condutor, apresentei os seguintes fundamentos para essa determinação:

“37. Por outro lado, discordo do posicionamento do representante do Ministério Público junto ao TCU, que defendeu a plausibilidade da atribuição de um valor para essa lista de serviços básica. Reconheço que é possível fixar tal valor, como foi feito, por exemplo, no contrato de arrendamento do terminal de contêineres Santos Brasil (Tecon Santos), firmado em 1997 (disponível no portal eletrônico da Companhia Docas de São Paulo – Codesp). No parágrafo quinto da cláusula vigésima daquela avença, foi estabelecido o valor máximo da denominada Taxa de Movimentação de Contêineres (TMC), representativa de serviços básicos de movimentação devidos pelos proprietários ou consignatários de carga ao terminal. Entretanto, julgo que a implementação dessa proposta poderia ensejar o estabelecimento de um piso, não de um teto, para o THC. A meu ver, o que propiciará uma redução efetiva do valor dessa taxa será a competição em um ambiente regulado de forma adequada”.

57. Por outro lado, lembro que o operador portuário fixa os preços de sua cesta de serviços, os quais, no caso dos terminais concessionários, correspondem a uma tarifa, que detém a natureza de preço público. Por via de consequência, a Antaq tem o poder-dever de avaliar se esses preços estão condizentes com o mercado, com base nos dados fornecidos e coletados de todos os atores do mercado.

58. Se o contrato de concessão não tiver estabelecido um valor máximo para os serviços em tela, esse limite poderá ser fixado pelo ente regulador, no exercício das competências a ele atribuídas pelo art. 27 da Lei 10.233/2001, **in verbis**:

“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 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;

(...)

VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda”.

59. Do acima exposto, concluo não haver contradição entre o voto condutor do Acórdão 923/2019 e a determinação proferida no item 9.3.11, uma vez que os preços dos serviços prestados pelo operador portuário podem ser revisados e reajustados pela Antaq, caso sejam abusivos ou ilegais.

II.7. Quanto à alegada contradição entre o reconhecimento no voto de que não há fundamento jurídico para a outorga de autorização aos armadores estrangeiros e a afirmação de que não haveria impedimento para que a ANTAQ exigisse tal autorização

60. No parágrafo 46 do voto condutor do Acórdão 923/2019-Plenário, asseverei que:

“46. O TCU reconheceu que a legislação pátria não prevê esse tipo de exigência, porém, isso não impede que a agência reguladora condicione a atuação em portos nacionais de empresas nacionais e estrangeiras à outorga de autorização ou à observância de outros procedimentos que a agência julgar adequados”.

61. Saliento que não afirmei a inexistência de fundamento jurídico para a outorga de autorização, mas apenas que a agência reguladora não estava obrigada por força de lei a implementar tal procedimento. Além disso, entendi que não haveria óbices a que o ente regulador, no exercício de suas competências discricionárias, optasse por adotar tal outorga.

62. Afinal, considerando que a lei não tem como prever todas as situações possíveis, não vejo como impedir que a Antaq, caso decida de maneira fundamentada, opte por implementar e regular as referidas autorizações, com o fito de permitir um controle maior dos navios estrangeiros que entram e saem dos portos brasileiros.

63. No que concerne aos fundamentos jurídicos dessa determinação, destaco que o art. 178 da Constituição Federal estipulou que a ordenação do transporte internacional deverá observar os acordos

firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade, sem mencionar a necessidade ou não de outorga de autorização. Em cumprimento a esse dispositivo, o Brasil tem celebrado acordos bilaterais com outras nações regulamentando o transporte marítimo recíproco, cujos termos devem ser compulsoriamente observados pelas empresas de navegação.

64. Também deve ser considerado que o art. 5º da Lei 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, a seguir transcrito, não prevê liberdade total, mas apenas permite a prática da atividade da navegação de longo curso por armador estrangeiro em águas nacionais:

*“Art. 5º A operação ou exploração do transporte de mercadorias na navegação de longo curso é aberta aos armadores, às empresas de navegação e às embarcações de todos os países, observados os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”*

65. Levando em conta esse marco normativo, aponte no voto condutor da decisão embargada a necessidade de responder duas questões relevantes:

a) no caso de armadores, empresas de navegação ou embarcações de países que firmaram acordos com a União, os ditames previstos nesses acordos estão sendo cumpridos, em especial, está sendo respeitado o princípio da reciprocidade?

b) armadores e empresas de navegação estrangeiras estão prestando aos usuários um serviço adequado?

66. Em relação à primeira questão acima citada, julgo que a Antaq deve emitir normas e adotar procedimentos com o fito de garantir a observância dos termos acordados pelo Brasil com os demais países, com ênfase na reciprocidade, tendo em vista a expressa determinação constitucional contida no art. 178 de nossa Lei Maior, **in verbis**:

*“Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”*

67. Assim sendo, o TCU deve instar a agência reguladora a exercer suas funções, dentre as quais, merece destaque a preservação dos direitos dos usuários do setor de portos. Por outro lado, esta Corte não deve violar a esfera discricionária da agência, ou seja, não é possível substituir o ente regulador no que concerne à escolha dos procedimentos que serão por ele adotados.

68. Em relação à segunda questão, concordo com a tese levantada anteriormente pela agência reguladora no sentido de que empresas de países que não celebraram acordos bilaterais com o Brasil podem atuar na navegação de longo curso. Afinal, essa tese encontra respaldo nos diversos acordos internacionais multilaterais celebrados pelo nosso país, com destaque para aqueles firmados no âmbito da International Maritime Organization (IMO).

69. Por conseguinte, julgo imprescindível que a Antaq adote procedimentos visando atestar e assegurar que as empresas de navegação estrangeiras que atendem aos portos brasileiros estão respeitando os direitos dos demais agentes setoriais, em especial dos usuários. A escolha desses procedimentos deverá ser feita pelo ente regulador, de forma devidamente motivada, no exercício de sua competência discricionária.

70. Com espeque nessas considerações, julgo que não subsiste a aparente contradição apontada pelo recorrente.

### III – Considerações finais

71. O denunciante, que foi admitido como parte interessada por despacho da Relatora **a quo**, apresentou documento no qual se contrapôs às alegações do Centronave, com o fito de manter inalterada a redação da decisão embargada.

72. Friso que o expediente em exame não atendeu os requisitos fundamentais para sua admissão como recurso, quais sejam, a manifestação inequívoca da insatisfação com a decisão e os motivos ensejadores dessa insatisfação. Acrescento que nele foi expressamente consignada a intenção de apresentar argumentos contrários aos trazidos aos presentes autos pelo recorrente.

73. Assim sendo, conheci do referido documento como uma simples petição, que foi devidamente analisada por mim.

74. A unidade técnica propôs “*encaminhar cópia dos presentes autos à Receita Federal do Brasil para subsidiar possível auditoria nos armadores, caso entenda conveniente aprofundar a investigação sobre a correta apropriação das receitas de THC pelos armadores que atuam no Brasil*”.

75. Sopesado o dever da Corte de Contas de encaminhar à apreciação dos órgãos competentes qualquer possível indício de irregularidades, acato a referida proposta. Esclareço que esse encaminhamento não representa sucumbência para o embargante, uma vez que o Tribunal não está fazendo nenhum juízo de valor, até por não ter competência para deliberar sobre matéria tributária.

76. Por fim, com espeque nas considerações exaradas ao longo deste voto e na análise empreendida pela unidade técnica, julgo que os embargos de declaração opostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave em face do Acórdão 923/2019-Plenário devem ser conhecidos para, no mérito, ser-lhes negado provimento.

Diante do exposto, voto no sentido de que este Colegiado adote a deliberação que ora submeto à sua apreciação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de setembro de 2020.

BENJAMIN ZYMLER  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 2333/2020 – TCU – Plenário

1. Processo TC 004.662/2014-8.
- 1.1. Apensos: TC 011.466/2018-9; 020.724/2017-9; 031.673/2015-5; 003.505/2017-0; 008.218/2016-1 e 029.778/2016-6
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Embargos de Declaração em Pedido de Reexame em Denúncia.
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
  - 3.1. Interessados: André de Seixas Ponce Alves (CPF 044.462.427-92) e Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave (CNPJ 33.109.000/0001-83).
  - 3.2. Recorrente: Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave (CNPJ 33.109.000/0001-83).
4. Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
  - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR) e Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPor).
8. Representação legal:
  - 8.1. Andrea Fabrino Hoffmann Formiga (18.575/OAB-SP) e outros, representando o Centro Nacional de Navegação Transatlântica.
  - 8.2. Alexandre Dalfior de Figueiredo, representando a Agência Nacional de Transportes Aquaviários.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração opostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica - Centronave em face do Acórdão 923/2019-Plenário, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

  - 9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração, nos termos do art. 34, **caput** e § 1º, da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo a decisão recorrida em seus exatos termos;
  - 9.2. conhecer como mera petição a peça apresentada pelo Sr. André de Seixas Ponce Alves;
  - 9.3. dar ciência deste acórdão ao Centro Nacional de Navegação Transatlântica – Centronave, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq e ao Sr. André de Seixas Ponce Alves; e
  - 9.4. encaminhar cópia dos presentes autos para a Secretaria da Receita Federal, para a adoção das providências que aquele órgão entender cabíveis no que concerne à aferição da correta apropriação das receitas de THC pelos armadores que atuam no Brasil.
10. Ata nº 33/2020 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/9/2020 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2333-33/20-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)  
**JOSÉ MUCIO MONTEIRO**  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
**BENJAMIN ZYMLER**  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
**CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA**  
Procuradora-Geral