

TC 004.662/2014-8

Natureza: Denúncia (embargos de declaração - pedido de reexame).

Unidade Jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Recorrente: Centro Nacional de Navegação Transatlântica - CNNT (Centronave).

Advogado(s) constituído(s) nos autos: Dr. André Marques Gilberto OAB/SP 183.023 e outros (peças 80, 130 e 131).

Decisão Recorrida: Acórdão-TCU-Plenário 923/2019, que julgou o pedido de reexame.

Proposta: Denúncia. Antaq. Embargos de Declaração em Pedido de Reexame. Conhecimento. Negar provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata a presente instrução de manifestação desta Unidade Técnica em atendimento ao Despacho do Exmo. Ministro Relator Benjamim Zymler sobre os embargos declaratórios interpostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica (peça 152) em face do Acórdão-TCU-Plenário 923/2019, o qual conheceu dos pedidos de reexame em julgamento para, no mérito, dar-lhes provimentos parcial e alterou a redação do item 9.3 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário, que passou 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 [Armazenagem de importação] e F.4 [Do pagamento] da tabela de preços da Libra Terminal Rio S.A., de 25/2/2014 [pp. 223 e 230, peça 5], está em conformidade com todas as exigências estipuladas no item 5 da Cláusula Vigésima-Primeira do Contrato de Concessão [p. 18, peça 5] 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 despendido 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. requeira 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;

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. Preliminarmente, os presentes embargos de declaração devem ser conhecidos, tendo em vista o preenchimento dos requisitos necessários aplicáveis, nos termos do art. 34 da Lei 8.443/1992.

EXAME TÉCNICO

3. Nos embargos declaratórios, o Centro Nacional de Navegação Transatlântica (peça 152), indica sete pontos nos quais haveria obscuridade ou contradição. Cada um deles está examinado a seguir.

(1) Obscuridade: 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 o 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) (§§ 11 ao 24 dos embargos de declaração e §§ 12 ao 28 do Voto do Acórdão 923/2019)

4. O item 9.3.2 do *decisum* foi proferido nos seguintes termos:
- 9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:
(...) 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 despendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários;
5. Conforme exposto no Voto do Exmo. Ministro-Relator Benjamin Zymler, o fundamento da determinação do item 9.3.2 do Acórdão foi o art. 3º da Resolução Antaq 2.389/2012:
- 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*) (grifo nosso)
6. A Resolução Antaq 34/2019 revogou a Resolução Antaq 2.389/2012 e, com alguns aprimoramentos, manteve a regra:
- 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.** (g.n.)
7. Inicialmente, a embargante traz a discussão sobre o conceito de **ressarcimento** e argui que foi utilizado equivocadamente na mencionada Resolução. Segundo o denunciante, os armadores estariam recolhendo dos usuários brasileiros valores maiores que os gastos com os serviços de movimentação e guarda transitória de carga nos terminais.
8. A associação embargante argumenta 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 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*).
9. Nessa linha, diferencia os conceitos de **ressarcimento** – que seria indenização/reparação/compensação por algum prejuízo causado, o qual poderia ser menor, igual ou maior do que o prejuízo sofrido pela parte ressarcida – e **reembolso** – que seria recebimento de um investimento ou gasto, ou seja, o recebimento de volta de um valor exatamente igual àquele despendido em momento anterior, visando recompor o status quo anterior, o que não seria o caso. E conclui que:
21. Portanto, o valor do 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).
10. Acrescenta como argumento o fato de que nos terminais de uso privativo não há essa regra, não obstante haver a negociação e o pagamento da THC.
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 do THC.

11. Segundo o conceito normativo dado pelo art. 2º, inciso X da Resolução 34/2019, **Taxa de Movimentação no Terminal** (*Terminal Handling Charge - THC*) significa

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; e

12. *A diferença da THC para a Cesta de Serviços (Box Rate), na definição, é que na cesta de serviços a movimentação não é até o costado da embarcação, mas até o porão, ou seja, a THC é parte do Box Rate.*

13. Os serviços disponibilizados na cesta de serviços são realizados pelo operador portuário e compreendem o armazenamento dos contêineres, carregamento e descarregamento dos navios com seus guindastes, operacionalização das entradas e saídas de caminhões com as cargas e contêineres, etc.

14. Os contratos para pagamento por estes serviços são efetuados entre o operador portuário e os armadores. Este é o negócio dos armadores pelo mundo, que consiste em transportar as cargas de seus clientes (exportadores, importadores e consignatários).

15. Segundo o art. 4º da Resolução Antaq 34/2019, que repetiu a regra do art. 4º da Resolução Antaq 2389/2012, a remuneração dos serviços prestados pelo Terminal/operador (*box rate/THC*) pode ser livremente negociada. Não obstante esta liberdade concedida pela resolução, o preço do serviço deve ser publicado, informado e revisado pela Antaq, se necessário, para coibir abusos, de acordo com a Lei 10.233/2001 e a Resolução Antaq 34/2019.

16. Adicionalmente, o texto da resolução estabelece que os valores pagos pelos exportadores, importadores e consignatários aos armadores pelos serviços prestados pelo Terminal Portuário ou Operador Portuário devem ser estabelecidos em contrato de prestação de serviço ou divulgada em tabela de serviços (art. 4º). Adicionalmente (art. 3º), define que a THC será cobrada dos usuários pelo transportador marítimo para **ressarcir** o operador portuário (ou instalação portuária). Para que o cumprimento dessa regra seja verificado, os exportadores, importadores e consignatários devem ter conhecimento dos valores pagos aos armadores que consistem no pagamento ao operador portuário. Esse é o objetivo do art. 3º. O armador é o pagador ao operador portuário ou terminal portuário pelos serviços prestados. Por seu turno, os exportadores, importadores e consignatários pagam ao armador pelo serviço do armador (transportar a carga) e também pelos serviços prestados pelo operador portuário ou instalação portuária, pois celebram contrato apenas com o armador.

17. Frise-se que a Resolução Antaq 34/2019 manteve o mesmo espírito da resolução anterior nesse ponto.

18. Assim, a única forma de os exportadores, importadores e consignatários terem conhecimento do quanto pagam pelos serviços do operador portuário é o próprio operador ou o armador informá-los. A Antaq pode exigir dos operadores portuários arrendatários que informem aos usuários os valores pagos pelos armadores para a movimentação de suas respectivas cargas.

19. Tome-se o exemplo de uma empresa como a Walmart que importa, exporta e transporta por vários países. Não é seu negócio definir e negociar com cada porto onde carrega e descarrega. Contrata um ou mais armadores (além de agentes intermediários) e faz contratos (privados) que podem ser por determinados períodos e para determinado tipo de carga. A Walmart está ressarcindo (ou reembolsando) os armadores pelo que despendem em cada porto com suas taxas de serviços/THC.

20. Contabilmente, o armador deve alocar a receita advinda do usuário em contas distintas: em uma registra o que transfere ao terminal e noutras a receita de seus próprios serviços e o lucro. Para

desempenhar suas atribuições legais, a Antaq tem a prerrogativa de exigir do operador portuário concessionário/arrendatário que informe esses valores para a própria Antaq e para os usuários que pagaram ao armador. Não obstante, o procedimento a ser adotado deve ser definido pela própria agência.

21. Por outro lado, o contrato entre armador e exportador/importador/consignatário, de natureza privada, pode prever que o armador arque com quaisquer custos que entender adequados ao bom funcionamento da avença. Sendo de natureza privada, esses contratos têm todas as prerrogativas de um contrato dessa natureza, em especial a disponibilidade de direitos patrimoniais. O exportador/importador/consignatário, por exemplo, pode ter um contrato com o armador em outro país que seja suficiente para remunerar o armador pelos serviços prestados no Brasil e nesse outro país e, por consequência, não efetuar pagamento em dinheiro no Brasil. Desconsiderando possíveis normas tributárias, isso é possível. Conclui-se que o contrato entre armador e exportador/importador/consignatário pode prever valores diferentes daqueles pagos pelo armador ao Terminal ou operador portuário, mas isso não é impedimento para que o usuário, caso deseje, tenha conhecimento do que foi pago ao Terminal ou operador portuário pelos serviços que recebeu.

22. Portanto, no que tange à determinação à Antaq para assegurar “que o valor despendido pelos usuários corresponda efetivamente ao que foi pago pelos armadores aos operadores portuários”, trata-se de determinar à Antaq a definição de um procedimento que informe a cada usuário o valor pago ao operador portuário para transporte, armazenagem e manipulação de sua carga. Isso significa que a Antaq pode exigir do operador portuário concessionário que informe os valores recebidos por meio do transportador, em benefício de cada usuário.

23. Já com relação aos contratos entre os armadores e os usuários exportadores/importadores/consignatários e ao quanto o armador/transportador é remunerado por seus serviços, por serem questões da esfera privada, a agência não tem prerrogativas para intervir.

24. Portanto, a interpretação mais condizente com a natureza privada dos contratos entre os armadores/transportadores e os usuários exportadores/importadores/consignatários - do art. 3º da Resolução Antaq 2.389/2012 - é de que estes usuários exportadores/importadores/consignatários não precisam efetuar o pagamento diretamente ao terminal ou operador, mas o próprio armador **pode** contemplar no seu contrato privado com os usuários que será responsável por efetuar o pagamento ao Terminal.

25. Trata-se de uma **permissão** da norma para o armador poder pagar o Terminal em nome dos usuários exportadores/importadores/consignatários. Em outras palavras, o preço pago pelos usuários exportadores/importadores/consignatários ao armador já compreende, em decorrência do contrato, as tarifas e preços pagos em cada terminal portuário. Caso contrário, se cada exportador/importador/consignatário tivesse que efetuar contratos com cada terminal que utiliza pelo país e pelo mundo, a exportação e importação se traduziria em atividades mais trabalhosas do que já são.

26. Dessa forma, a interpretação do art. 3º coerente com os princípios que regem a atividade econômica no Brasil é de que se trata de uma **norma permissiva**, assim como o art. 6º prevê, com mais clareza, que o operador portuário pode prestar serviços “mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes ou usuários”.

27. Se os exportadores/importadores/consignatários quiserem ter o conhecimento de qual parcela paga nos contratos com os armadores consiste no THC, também podem negociar esta previsão nos respectivos contratos com os armadores. Se tiverem condições de negociar, pode ser incluído nos contratos entre usuários exportadores/importadores/consignatários e armador que as parcelas cobradas a título de THC e aquelas que remuneram os serviços do armador sejam discriminadas.

28. 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.

29. Segundo o voto condutor, o Tribunal julgou que os elementos existentes nestes autos evidenciaram a ausência de controle da Antaq sobre os valores que os usuários pagam aos armadores e sobre as quantias pagas pelos armadores 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.

30. O argumento trazido pela Antaq e mencionado no parecer do Procurador do Ministério Público junto ao TCU, Exmo. Sr. Paulo Bugarin de que “a divulgação desses custos ensejaria seriíssimo risco de compartilhamento de informações sensíveis, favorecendo a colusão empresarial” (§ 24 do parecer, peça 125) se refere aos **custos** incorridos pelo Terminal ou operador, mas não aos **preços** cobrados dos usuários, os quais são divulgados.

31. Quanto aos valores pagos por cada armador em nome de cada usuário, consistem em informações de relevância apenas para os próprios usuários, para que possam administrar seus fretes, e para a Antaq, que visa acompanhar o mercado e coletar dados para subsidiar decisões futuras.

32. Neste ponto, é importante registrar a diferença entre **preço** e **custo**. Os custos do Terminal Portuário/operador são os custos que têm para realizar sua atividade. Os custos não se confundem com o preço de seus serviços, aqueles divulgados na Cesta de Serviços ou o THC. Estes preços são publicados no *site* da Internet. Os preços compõem a futura receita do Terminal ou operador. Já seus custos, como por exemplo quanto paga para seus funcionários, quanto gasta de energia elétrica, etc. são despesas que o terminal tem para operar e prestar os serviços. Isso faz parte de sua contabilidade e consta de suas demonstrações contábeis.

33. Outra afirmação no voto é de que “o usuário do serviço portuário desconhece os parâmetros da cobrança que lhe é imposta pela empresa de transporte marítimo”. Essa deficiência vai de encontro à Resolução Normativa Antaq 18, art. 4º. O usuário deve ser informado dos valores cobrados pelo Terminal/operador para armazenar/carregar/exportar sua carga. Nesse ponto a Antaq tem a prerrogativa de requisitar dos terminais e operadores que informem cada usuário os valores contratados e pagos por cada armador para armazenar/carregar/descarregar sua carga. Não obstante, está dentre as atribuições da Antaq a definição do procedimento para atender essa demanda dos usuários.

34. Com relação à determinação do item 9.3.2 para a Antaq elaborar um plano de ação, com vistas a coibir abusos de preços praticados, consiste em dever já previsto na Lei 10.233/2001, que criou a agência, visto que os operadores portuários são concessionários de serviço público e devem seguir as regras das leis que regem a concessão e o respectivo contrato de concessão. Some-se à essa lei, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Abusos de preços devem ser coibidos e a agência tem os instrumentos adequados para o cumprimento das leis.

35. Os seguintes incisos do art. 27 da Lei 10.233/2001 preveem que as atividades de 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 já são obrigações legais da agência reguladora:

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; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

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; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

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; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

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; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

36. Em conclusão, propõe-se o conhecimento dos embargos declaratórios com relação ao item 9.3.2 do Acórdão e negar provimento no mérito.

37. Adicionalmente, propõe-se que cópia dos autos seja encaminhada à Receita Federal para que avalie a necessidade de fiscalizar a contabilização de THC.

(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. (§§ 25 ao 28)

38. O mencionado documento foi utilizado como informação adicional, não constituindo em fundamento para o *decisum*. Não obstante, o 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>.

39. Posto isso, aduz-se que não há obscuridade na justificativa do item 9.3.2 relacionada 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.

(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. (§§ 29 ao 31)

40. Vale transcrever a referência à audiência contida no Voto condutor do Acórdão 923/2019 citada pela embargante:

27. Acrescento que, em recente audiência, o Diretor-Geral da Antaq Mário Povia reconheceu que o pleito das associações de usuários é justa 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**.

41. O TCU tem jurisdição sobre Antaq, o que significa que a agência presta contas ao TCU e é fiscalizada pela Corte de Contas. No exercício dessa atividade, a agência deve esclarecer suas decisões

e adotar procedimentos determinados pelo TCU para cumprimento das normas constitucionais, legais e infra legais.

42. Nesse sentido, o Exmo. Ministro Relator informou que o Diretor-Geral da Antaq está adotando providências para cumprimento das atribuições legais da Antaq que consistiria em coibir eventuais abusos praticados pelos armadores. Esse fato representa a boa-fé do Diretor da agência, a qual tem relevância para esta Corte de Contas no caso de uma possível sanção do Diretor no descumprimento da lei.

43. Desta forma, esclarece-se que o conteúdo do parágrafo 27 do voto tem relevância apenas para o próprio diretor e apenas naquele momento em que veio até esta Corte de Contas tentar justificar suas decisões e mostrar sua boa-fé. Este fato não tem nenhum efeito nos interesses da associação de armadores, mas tão somente na atividade do gestor público.

44. Não há necessidade de registro nos autos pois, além da fé pública do Ministro do Tribunal de Contas da União, a informação trazida é apenas de valor subjetivo, não fazendo prova de nenhum fato e muito menos justificando qualquer conduta.

45. Ademais, vale informar que uma audiência no TCU não tem o mesmo significado que tem nos tribunais judiciais, pois não há previsão na Lei Orgânica que estabelece o procedimento do TCU (Lei 8.443/92) de uma fase processual onde ocorra uma audiência nos moldes do processo civil ou penal.

(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. (§§ 32 ao 34 dos embargos de declaração e §§ 41 a 59 do Voto do Acórdão 923/2019)

46. O item 9.3.4 do *decisum* foi proferido nos seguintes termos:

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;

47. Da mesma forma que o questionamento anterior, vale informar que a Antaq é um jurisdicionado do TCU, cujas atividades são acompanhadas ano a ano por esta Corte de Contas por meio de vários processos, desde prestação de contas, auditorias, denúncias até a admissão e aposentadoria de seus servidores.

48. Diferente das cortes judiciais, o TCU tem atuação ativa e acessa, até por meio de sistemas do jurisdicionado, informações diversas sobre seus atos e despesas.

49. Não obstante, a determinação do item 9.3.4 acima transcrita tem como fundamento maior o princípio da publicidade da Constituição Federal. Os terminais portuários que atuam como concessionários de serviço público são regidos pelo direito administrativo e as regras do art. 37 da CF/88. Adicionalmente, há os princípios que regem a ordem econômica do art. 170 e seguintes da CF/88, que preveem como princípio a livre concorrência.

50. A livre concorrência ocorre num ambiente de transparência e de publicidade. Quanto mais fácil for o acesso à informação sobre valores de frete, de armazenagem, de carregamento, de descarregamento, de ocorrências no porto, de número de navios no porto, de origem dos navios, de impostos e taxas a serem pagos e sobre a forma de efetuar os pagamentos e efetuar as regularizações

necessárias, maior será a concorrência, pois haverá menos intermediários para preparar tudo isso e será possível a comparação com outros terminais.

51. O mercado brasileiro para armadores e usuários é um mercado fechado, com inúmeros intermediários para diversos serviços que poderiam ser realizados pelos próprios usuários, se houver maior transparência por parte dos terminais. Nesse ponto, a Antaq deve exercer seu papel de agência reguladora e exigir a transparência que diminui os custos dos usuários.

52. Conforme já mencionado anteriormente, por exemplo, no *site* do Terminal Libra Rio consta a tabela de serviços apenas em língua portuguesa, o que já exigiria de um usuário estrangeiro a necessidade de uma tradução, ou seja, um intermediário. Os formulários disponíveis são também todos apenas na Língua Portuguesa.

53. Por fim, esta denúncia foi o canal que o usuário encontrou para mostrar sua insatisfação.

54. Em conclusão, pelas razões acima expostas, não há obscuridade no item 9.3.4 do Acórdão-TCU-Plenário 923/2019 nem na fundamentação disposta no voto condutor.

(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. (§§ 35 ao 47 dos embargos declaratórios e §§ do voto do Acórdão 623/2019)

55. Os itens 9.3.8 e 9.3.11 do *decisum* 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;

56. A embargante sustenta que “serviço adequado”, cobrança de “valores adequados” e “modicidade tarifária” são requisitos que “tipicamente associados à prestação de serviços públicos de titularidade do Estado”.

57. De acordo com a CF/88:

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.(g.n.)

58. Assim, serviço público somente pode ser prestado diretamente pelo Poder Público ou por **concessão** ou **permissão**. A **autorização** concedida pelo Poder Público é apenas para prestação de

serviços privados. No caso dos armadores, não há prestação de serviços públicos. A natureza jurídica do serviço prestado pelos armadores/transportadores é privada.

59. O serviço prestado está sob a égide do direito do consumidor, conforme o art. 2º da Lei 8.078/1990 (Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final), do direito civil (abuso do direito, boa-fé subjetiva e demais regras e princípios), da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) e outras. Pode ser citada como exemplo a regra do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor:

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. (g.n.)

60. Assim, quem deve prestar serviço **público** adequado é o operador portuário /concessionário e o operador portuário no terminal público. Adicionalmente há as exigências da Lei 12.815/2013, em especial a regra do art. 5º, inciso III, que abrange os contratos públicos e privados. O armador, por sua vez, 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.

61. Com relação à modicidade tarifária no THC, a determinação prescrita no Acórdão tem como destinatário a Antaq, a qual deve elaborar estudos para verificar se os valores de THC, informados na Cesta de Serviços, ou seja, **se os valores dos serviços prestados terminais/operadores** aos armadores, exportadores, importadores e consignatários são módicos, ou seja, razoáveis em consonância com a Lei 10.233/2001.

62. Diante do exposto, não há contradição nos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão-TCU-Plenário 923/2019.

(6) Contradição: contrariedade na medida em que o Tribunal determina que a ANTAQ realize estudos para "permitir o estabelecimento de teto" para a cobrança do THC (item 9.3.11 do Acórdão). Por outro lado, o Voto reconhece que não é cabível o estabelecimento de um teto para o THC (parágrafo 37 do Voto). (§§ 48 ao 51)

63. O item 9.3.11 do decisum 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;

64. O voto condutor traz os seguintes fundamentos:

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.

65. Inicialmente não se pode olvidar que é o Terminal Portuário/operador quem fixa os preços de sua Cesta de Serviços. Os preços cobrados pelo terminal concessionário é uma tarifa, de natureza de preço público. A Antaq deve examinar se esses preços estão condizentes com o mercado. Essa análise é

feita com os dados fornecidos e coletados de todos os atores do mercado. Quanto mais dados tiver acesso, melhores serão os estudos da Antaq e melhor desempenhará suas funções de agente regulador do setor.

66. No caso do Terminal de Libra, o contrato de concessão não estabeleceu valor máximo para os serviços. Nessa linha, os preços do Terminal não estão delimitados pelo contrato de concessão, mas serão limitados pelo exercício das atribuições realizadas pela Antaq, em atendimento ao art. 27 da Lei 10.233/2001, em especial o inciso VII:

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; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

67. Em conclusão, não há contradição entre o voto condutor do Acórdão 923/2019 e a determinação proferido no item 9.3.11, porque os Terminais Portuários/operadores devem definir os preços de seus serviços (“*box rate*” e THC) e, antes de serem alterados, devem ser revisados e reajustados pela Antaq, caso sejam abusivos ou, de quaisquer outras formas, ilegais.

(7) Contradição: 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 (parágrafo 46 do Voto). (§§ 52 ao 61)

68. Vale transcrever o parágrafo 46 do Voto condutor do Acórdão 923/2019-TCU-Plenário:

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.

69. *Ab initio* é relevante verificar que em nenhum momento o Ministro-Relator reconheceu que não há fundamento jurídico para “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. “Previsão legal” é diferente de “fundamento jurídico”. Como exercício lógico para essa constatação pode-se pensar se há fundamento jurídico para autorizar caminhões a estacionarem em determinada área pública municipal em determinadas situações. Não é difícil uma resposta afirmativa para isso, eis que basta a expedição de um documento pelo Prefeito do município. Continuando, questiona-se agora se há previsão legal. A resposta é negativa, visto que a lei não tem como prever todas as situações possíveis.

70. Voltando ao caso concreto, não é porque não há previsão legal que exija a autorização para armadores, que a Antaq não possa exigir e regular essas autorizações. Evidentemente essa medida permitirá um controle bem maior dos navios estrangeiros que entram e saem dos portos brasileiros. Entretanto, tal medida deve ser implementada com razoabilidade para que a obtenção da autorização não se configure em mais um obstáculo e mais um custo para os armadores.

71. Assim, como ferramenta para exercer suas atribuições de regulador, a outorga de autorização para cada armador que aporte no Brasil pode ser bastante útil e, tendo em vista a atual facilidade da



tecnologia de informação, a implementação pode ser realizada de forma rápida e barata, fornecendo mais dados para o acompanhamento e desenvolvimento do setor.

72. Não há, portanto, contradição no Voto condutor.

CONCLUSÃO

73. A presente instrução tratou de manifestação desta Unidade Técnica sobre os embargos declaratórios interpostos pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica em face do Acórdão-TCU-Plenário 923/2019, que alterou a redação do item 9.3 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

74. Em conclusão, propõe-se o conhecimento dos embargos declaratórios e negar provimento no mérito, haja vista não estar configurada a existência de nenhuma omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

75. De todo o exposto, somos pelo encaminhamento dos autos ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro-Relator Benjamin Zymler com a seguinte proposta:

- 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;
- c) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido, assim como do relatório e do voto que o fundamentarem 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.

SeinfraPortoFerrovia, em 8 de novembro de 2019.

(assinado eletronicamente)

CRISTIANE FERREIRA DE ARAUJO MELO

AUFC - Mat. 3103-8