

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 021.408/2019-0

Apensos: TC 015.453/2020-0, TC 012.249/2019-0.

Natureza: Pedido de reexame (em Denúncia).

Unidades Jurisdicionadas: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Ministério de Portos e Aeroportos.

Representação legal: Pedro Gomes Miranda e Moreira (275.216/OAB-SP), entre outros, representando a Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (Abratec); Fabiano Augusto Martins Silveira (31.440/OAB-DF), representando a Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda.; Daniel Gustavo Santos Roque (31.195/OAB-SP), entre outros, representando a Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Renata de Almeida Faria (306.943/OAB-SP), entre outros, representando a Associação dos Usuários dos Portos do Rio de Janeiro (Usupport-RJ); Maria Carolina Feitosa de Albuquerque Tarelho (42.139/OAB-DF), entre outros, representando a Associação de Terminais Portuários Privados (ATP); Eduardo Rodrigues Lopes (29.283/OAB-DF), entre outros, representando a Associação de Usuários dos Portos da Bahia.

SUMÁRIO: DENÚNCIAS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES CONCERNENTES À COBRANÇA POR SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA (SSE/THC-2) DE MERCADORIA PELOS TERMINAIS PORTUÁRIOS. DETERMINAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE REEXAME. RAZÕES INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DELIBERAÇÃO PROFERIDA. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a instrução lavrada por auditor da Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos), transcrita a seguir (peça 341), a qual contou com a anuência do diretor da sua subunidade (peça 342):

“INTRODUÇÃO

Trata-se de pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq (peças 125-131) contra o Acórdão 1.448/2022-Plenário, relator: Vital do Rêgo (peça 112).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. conhecer da presente denúncia e das denúncias objetos dos TC 012.249/2019-0 e TC 015.453/2020-0, apensados a estes autos, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 34 e 235, do Regimento Interno/TCU e no art. 103, § 1º da Resolução TCU 259/2014, para:

9.1.1 no mérito, considerar parcialmente procedentes as denúncias do presente processo e do TC 012.249/2019-0;

9.1.2. no mérito, considerar procedente a denúncia do TC 015.453/2020-0, em face do desvio de finalidade do ato de expedição da Resolução Antaq 72/2022, normativo que permite a cobrança da taxa de serviço de segregação e entrega dos recintos alfandegários independentes pelos terminais

portuários, praticado com um fim diverso do previsto no artigo 20, inciso II, alínea 'b' e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001 e em afronta ao artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011 e ao artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019;

9.2. indeferir os requerimentos de medidas cautelares formulados pelos denunciante deste processo e dos TC 012.249/2019-0 e TC 015.453/2020-0 (apensos), tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para sua adoção;

9.3. determinar à Antaq que, no prazo de 30 (trinta) dias, anule todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea 'b' e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001;

9.4. com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU e no Poder Geral de Cautela, determinar, cautelarmente, a suspensão dos efeitos de todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea 'b' e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001;

9.5. dar ciência à Antaq de que a ausência de Análise de Impacto Regulatório (AIR) previamente à Audiência Pública 4/2018, identificada no processo de revisão da Resolução 2.389/2012-Antaq (processo 50300.000381/2008-86 da Antaq), está em desacordo com a recomendação feita mediante item 9.1.1 do Acórdão 240/2015-TCU-Plenário e com o Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da Casa Civil da Presidência da República, além de não se coadunar com a legislação atualmente em vigor, considerando o disposto no art. 6º da Lei 13.848, de 25 de junho de 2019;

9.6. levantar o sigilo que recai sobre as peças destes autos e dos TC 012.249/2019-0 e TC 015.453/2020-0, à exceção daquelas que contenham informação pessoal dos denunciante, nos termos do art. 236, **caput** e § 1º do RITCU c/c arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução-TCU 259/2014;

9.7. indeferir o pedido de ingresso como interessada ou como **amicus curiae** da Associação de Usuários de Portos da Bahia, sem prejuízo de lhe franquear vista e cópia dos autos, à exceção das peças sigilosas;

9.8. autorizar o monitoramento do subitem 9.3 desta decisão pela unidade técnica responsável;

9.9. encaminhar cópia deste acórdão aos denunciante (TC 021.408/2019-0, 012.249/2019-0 e TC 015.453/2020-0) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); e

9.10. arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal.

HISTÓRICO

2. Trata-se de três denúncias (TC 021.408/2019-0, TC 012.249/2019-0, apenso, TC 015.453/2020-0, apenso), com pedido de cautelar, acerca de possíveis irregularidades no processo de revisão da Resolução-Antaq 2.389/2012, que culminou com a edição da Resolução-Antaq 34/2019, hoje revogada pela Resolução 72/2022.

2.1. As referidas resoluções estabeleceram parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias. Em resumo, esses normativos se referem à cobrança de tarifa denominada Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), também conhecida como THC-2, denominação oriunda do termo THC (**Terminal Handling Charge**), uma taxa de manuseio de carga cobrada no terminal portuário.

2.2. No TC 021.408/2019-0, há alegação de ausência de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) previamente à elaboração da minuta de resolução que foi submetida à Audiência Pública 4/2018, para alteração da Resolução 2.389/2012, bem assim de que não foram submetidos à referida audiência pública os temas franquias de cobrança e preço-teto, que constaram, ao final, na minuta de resolução apresentada pela área técnica da Antaq.

2.3. No *TC 012.249/2019-0*, apenso, há alegação de ausência de AIR previamente à elaboração da minuta de resolução que foi submetida à Audiência Pública 4/2018, para alteração da Resolução 2.389/2012 e de inserção indevida de questões relativas à instituição de franquias de cobrança e de preço-teto do THC-2, que não constavam da minuta do texto normativo submetido à Audiência Pública, sem a devida realização de AIR e Audiência Pública.

2.4. No *TC 015.453/2020-0*, apenso, além da alegação de ausência do AIR no processo de revisão da Resolução 2.389/2012, é apontada ilegalidade no estabelecimento da taxa denominada Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE).

2.5. Preenchidos os requisitos de admissibilidade da denúncia previstos nos artigos 234 e 235 do Regimento Interno/TCU e artigo 103, § 1º, da Resolução-TCU n. 259/2014, a unidade técnica propôs o conhecimento da denúncia, oitiva da Antaq e indeferimento do pedido da denunciante para ingresso no processo como interessada (peça 17). Mediante despacho à peça 20, o relator **a quo** acolheu a proposta.

2.6. Contra o despacho, a denunciante apresentou agravo (peça 33), ao qual foi negado provimento pelo Acórdão 2.100/2019-Plenário (peça 36).

2.7. A unidade técnica (peça 115) analisou a oitiva da Antaq restringindo-se às 'irregularidades apontadas pelo denunciante' e sem realizar 'exame acerca das modificações trazidas na minuta de resolução da Antaq, mas tão somente se foram seguidos os ritos necessários para a edição da norma, pois a competência do TCU em relação à fiscalização das agências reguladoras é de segunda ordem, ou seja, não é competência desta Corte de Contas substituir-se à agência'. A proposta foi no sentido de 'indeferir o requerimento de medida cautelar, **inaudita altera parte**, formulado pelo denunciante, tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida'.

2.8. Ao examinar a matéria, o plenário deste Tribunal prolatou o acórdão ora recorrido, deliberando, em especial: a) considerar parcialmente procedentes as denúncias objeto do TC 021.408/2019-0 e do TC 012.249/2019-0; e procedente a denúncia do TC 015.453/2020-0; b) indeferir os requerimentos de medidas cautelares formulados pelos denunciante; c) determinar que a Antaq anule todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade na sua edição; d) cautelarmente, suspender os efeitos de todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade.

2.9. Contra essa decisão, a Antaq interpôs pedido de reexame (peças 125-131), objeto desta instrução.

2.10. O Acórdão 1.981/2023-Plenário (peça 276) indeferiu o ingresso da Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda. como **amicus curiae**. Contra essa decisão, a empresa opôs embargos de declaração (peça 290), os quais não foram conhecidos pelo Acórdão 2.284/2023-Plenário (peça 311).

2.11. O Acórdão 1.981/2023-Plenário (peça 276) ainda admitiu como **amicus curiae** Santos Brasil Participações S.A. (manifestação às peças 224-228, 293-298), a Associação Brasileira dos Usuários dos Portos, de Transporte e da Logística (Logística Brasil – manifestação à peça 299) e Associação de Terminais Portuários Privados (ATP – manifestação às peças 268, 300-309, 336).

2.12. O Acórdão 78/2023-Plenário (peça 214) admitiu como **amicus curiae** a Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres (Abratec – manifestação às peças 162-187, 316, 334-335) e a Associação dos Usuários dos Portos da Bahia (Usuport – manifestação às peças 199-202, 204-205, 229-245, 332).

2.13. O Acórdão 632/2024-Plenário (peça 324) admitiu como **amicus curiae** o Sindicato das Empresas Operadoras de Terminais Retro Portuários (Sinter – manifestação às peças 314, 331).

2.14. Anote-se desde logo que 'o **amicus curiae** admitido em processo no âmbito do TCU não tem legitimidade para a interposição de recursos, ressalvada a possibilidade de oposição de

*embargos de declaração (art. 138, §1º, do CPC)’ (Acórdão 225/2020-Plenário, relator: Marcos Bemquerer) e que ‘as faculdades processuais conferidas ao **amicus curiae** em processos no âmbito do TCU se limitam, em regra, além do fornecimento de subsídios à solução da causa, à apresentação de memoriais e à produção de sustentação oral, ressalvado o disposto no art. 138, § 2º, do CPC’ (Acórdão 2916/2019-Plenário, relator: Marcos Bemquerer).*

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se a proposta de conhecimento do recurso, nos termos do exame de admissibilidade à peça 135 e do despacho à peça 150.

EXAME DE MÉRITO

4. O presente exame contempla as seguintes questões:

a) se existe um serviço adicional de segregação e entrega de contêineres (SSEa) prestado pelos terminais portuários aos recintos alfandegados independentes (RAI) que justifica a cobrança da tarifa denominada THC-2/SSE (item 5);

b) se as posições de Cade e Antaq convergem no sentido da licitude da cobrança da THC-2/SSE e da necessidade de análise dos casos concretos (item 6);

c) se os precedentes judiciais são favoráveis à visão da Antaq e se o fato de o STJ não ter apreciado a matéria indica não haver ofensa a lei federal (item 7);

d) se a escolha do modelo regulatório cabe à Antaq (item 8);

e) se resta caracterizado desvio de finalidade na edição da Resolução-Antaq n. 72/2002 (item 9);

f) se restou violado o devido processo legal e a ampla defesa (item 10);

g) se o Tribunal deve observar as consequências práticas da decisão (item 11).

5. Legitimidade da cobrança da THC-2/SSE

5.1. A Antaq alega que:

*a) o Serviço de Segregação e Entrega de contêineres representa um serviço à parte, não incluído nas cestas de serviço (**box rate** ou THC) cobrados do armador do navio; (peça 125, p. 22)*

b) a Antaq elaborou o Parecer Técnico n. 68/2022/GRP/SRG (PT 68/2022 – peça 126), segundo o qual existe fundamento econômico e regulatório para a referida cobrança, que não destoaria da prática internacional, seja na natureza da cobrança, seja no nível geral de custos; (peça 125, p. 22)

*c) a Antaq buscou, inclusive, **benchmarks** internacionais para fundamentar sua decisão; o primeiro estudo referenciado naquela nota indica que existe uma ampla variação de interpretações internacionais sobre o que estaria incluído ou não nos THC, vigorando ampla liberdade contratual e comercial, não sendo possível afirmar que o THC abarca sempre todos os serviços relacionados à carga prestados por um terminal; (peça 125, p. 22)*

d) outro estudo internacional trazido pelo PT 68/2022 (peça 126) indica que os tipos de tarifa variam enormemente, podendo ser cobradas em conjunto ou de forma ‘altamente fragmentada’; (peça 125, p. 22)

e) o PT 68/2022 (peça 126) traz referência a estudo da própria Antaq (peça 127), que concluiu que os valores de THC para o Brasil estão em linha com as demais regiões do mundo; (peça 125, p. 23)

f) além disso, a realidade brasileira tem algumas peculiaridades, como o regime de desembaraço aduaneiro nacional e a figura dos terminais retroportuários alfandegados, do que decorre um serviço peculiar a ser remunerado: a segregação e entrega, em regime expedito, de contêineres contendo mercadorias submetidas ao regime de Declaração de Trânsito Aduaneiro (DTA); (peça 125, p. 24)

g) dentro do regime de trânsito aduaneiro, entre as exigências da Receita Federal está a separação das cargas em pátio alfandegado e sua partida para o novo recinto alfandegado em até 48 horas, atividade que representa custos e que deve ser remunerada, nos termos negociados pelas partes, ainda que sujeita à regulação; (peça 125, p. 24-25)

h) eventual intervenção externa proibindo sua cobrança levaria inexoravelmente a uma revisão para cima dos valores de THC indistintamente cobrados, eliminando um importante sinal de preço do serviço específico, em prejuízo da eficiência da operação como um todo. (peça 125, p. 25)

Análise

5.2. O voto condutor da decisão recorrida parte de três conceitos fundamentais (peça 114, p. 3, item 27):

(a) **Box rate** (cesta de serviços) – na exportação, preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação; na importação, o preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário (caso o contrato não disponha de outra forma) (movimentação vertical e horizontal das mercadorias). O pagamento é feito pelo armador ao terminal portuário e seu valor é fixado de forma assimétrica, uma vez que os armadores possuem um maior poder de negociação;

(b) **THC (Terminal Handling Charge)**, parte do **box rate** (movimentação horizontal): na importação, os serviços de movimentação de mercadoria entre o costado do navio e a pilha no pátio do terminal; na exportação, os serviços seriam entre o portão do terminal até o costado do navio;

(c) **THC-2 ou Serviço de Segregação e Entrega (SSE)** – referido nessa instrução como **THC-2/SSE** – tarifa cobrada pelos terminais portuários aos recintos alfandegados, apenas na importação, para a movimentação de mercadorias da pilha localizada no pátio do terminal até o portão de saída, para entrega da mercadoria aos recintos alfandegados (prepostos do importador). Essa taxa somente é cobrada quando o desembarço alfandegário é feito fora do terminal portuário.

5.3. Este Tribunal, por meio do Acórdão 1.704/2018-Plenário, já havia concedido à Antaq ‘enfrentar a questão com o conhecimento e recursos de que dispõe, o que motivou a agência a publicar uma nova resolução para tratar o tema, a já mencionada Resolução 34/2019, atualizada apenas nos aspectos formais pela Resolução 72/2022’. Segundo o relator **a quo**, ‘não há como enfrentar o mérito dessas denúncias sem avaliar a aderência da solução apresentada pela Antaq ao ordenamento jurídico vigente’, concluindo que ‘a resolução atualmente vigente [Resolução 72/2022] padece de outros vícios, porventura insanáveis’ (peça 114, p. 8, itens 55-56, 58).

5.4. O voto parte de duas indagações: ‘(1) o que seria esse serviço de segregação e entrega (SSE) que somente é cobrado quando o operador portuário não realiza a armazenagem da carga durante os trâmites de nacionalização e a entrega para seu concorrente fazê-lo; e (2) por qual motivo a SSE somente é devida nos ciclos de importação e sequer é mencionada nas operações de exportação’ (peça 114, p. 10, item 73).

5.5. Segundo o voto, ‘o caminho percorrido por essa carga é o mesmo nas duas situações: quando o operador armazena a carga até a liberação pela alfândega ou quando ele a entrega para um recinto seco armazenar’, operações que já estariam abrangidas pelo THC (‘valor pago ao operador portuário para movimentar a carga horizontalmente do costado do navio até seu portão’). A diferença consistiria em ‘quem vai receber pela armazenagem’ (o operador portuário ou o recinto alfandegado independente) (peça 114, p. 11, itens 75 e 77).

5.6. Quanto à segunda indagação, o voto entendeu que o fluxo da carga e os serviços prestados na exportação e na importação seriam os mesmos, embora a THC-2/SSE seja paga apenas na importação. Aduz o relator: ‘Acerca dessa diferença não encontrei qualquer explicação ou motivação válida por parte da Antaq para tal assimetria’ (peça 114, p. 11, item 82).

5.7. O relator aduz: ‘Os fatos demonstram que a parcela SSE sempre existiu e está incluída na THC. O nome THC-2 decorre exatamente da analogia de possibilidade de cobrança em duplicidade de algo já pago pelo dono da carga via armador (THC) quando é o concorrente do terminal que busca a carga para armazenar’ (peça 114, p. 11, item 83). Portanto, ‘a SSE não está associada a um serviço específico, as atividades desse serviço existem, mas já estão contempladas na THC’ (peça 114, p. 13, item 95), sendo a THC-2/SSE ‘uma rubrica criada para impor poder de mercado’ (peça 114, p. 14, item 103).

5.8. A conclusão é de que ‘a cobrança de SSE dos recintos alfandegados independentes [RAI – ‘área localizada na zona secundária, retroporto ou porto seco’] pelos operadores portuários constitui infração da ordem econômica ao menos pelos seguintes motivos: (1) o recinto seco é

concorrente direto do recinto molhado; (2) o recinto molhado recebe pela movimentação horizontal da carga mediante tarifa denominada THC em contrato firmado com o armador; (3) caso o terminal não seja escolhido pelo dono da carga para nacionalizar a mercadoria, ele a entrega ao recinto seco mediante cobrança de SSE; caso seja escolhido, não há SSE; (4) a SSE é uma taxa cobrada por um serviço que existe tanto na importação quanto exportação, mas somente tem custos devidos quando as cargas chegam ao país; (5) o dono da carga e o recinto seco não podem escolher o operador portuário e ficam à mercê das tarifas cobradas por estes terminais; (6) a SSE resulta na imposição de custo artificial de um concorrente dominante para seu rival' (peça 114, p. 13-14, item 99).

5.9. Assim, o relator entendeu que a resolução que permite a cobrança da THC-2/SSE não se coaduna com a atribuição da Antaq de impedir 'situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica' (Lei 10.233/2011, artigo 20, inciso II, alínea 'b') (peça 114, p. 14, item 101).

5.10. A Resolução 72/2022 também não atenderia ao dever da administração pública de evitar o abuso do poder regulatório de maneira a indevidamente criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes – Lei 13.874/2019, artigo 4º, inciso I).

5.11. O relator concluiu que 'a cobrança da SSE não é legítima na medida em que obstaculiza a competitividade do serviço de armazenagem da operação portuária de importação e acarreta infração à ordem econômica', podendo-se no limite chegar ao ponto de 'excluir os recintos alfandegados secos do mercado e até mesmo de se criar barreiras à entrada de novos concorrentes'. Além disso, houve 'desvio de finalidade do ato de expedição de resolução que permite a cobrança de tal valor, porquanto foi praticado com um fim diverso do previsto em lei' (peça 114, p. 15, itens 113-114, 116). Em suma, 'não há respaldo legal para opção regulatória que instituiu a cobrança do THC2' (peça 114, p. 16, item 120).

5.12. A **vexata quaestio** neste processo diz respeito à existência ou não de um SSEa, isto é, um serviço adicional de segregação e entrega de contêineres, não incluído na cesta de serviços que compõe o **Box rate** ou o THC (difere do SSE, que já estaria incluído naqueles serviços). Esse é o ponto crucial da questão. Se se concluir pela inexistência do SSEa, não há que se falar em THC2/SSE e quaisquer outras considerações são despidiendas e ineficazes. Mas se se reconhecer a existência do SSEa, então algum valor a título de THC-2/SSE será devido aos terminais portuários, sendo vedada a prestação de serviço sem a correspondente remuneração.

5.13. A partir dessa segunda hipótese se inicia outra discussão envolvendo questões regulatórias e concorrenciais: se o valor cobrado a título de THC-2/SSE reflete os custos adicionais decorrentes do SSEa ou se, por outro lado, tal valor é abusivo, gerando efeito anticoncorrencial e barreiras à entrada, causando ineficiência e aumento do 'Custo-Brasil', e podendo no limite inviabilizar a atuação dos RAI (recintos secos).

5.14. No voto condutor, o relator **a quo** foi taxativo no sentido da inexistência do SSEa e, portanto, ilegalidade da THC2/SSE: 'os fatos demonstram que a parcela SSE sempre existiu e está incluída na THC. O nome THC-2 decorre exatamente da analogia de possibilidade de cobrança em duplicidade de algo já pago pelo dono da carga via armador (THC) quando é o concorrente do terminal que busca a carga para armazenar' (peça 114, p. 11, item 83). Portanto, 'a SSE não está associada a um serviço específico, as atividades desse serviço existem, mas já estão contempladas na THC' (peça 114, p. 13, item 95), sendo a THC-2/SSE 'uma rubrica criada para impor poder de mercado' (peça 114, p. 14, item 103).

5.15. A Antaq contesta esse entendimento ao aduzir que o SSEa representa um serviço à parte, não incluído no THC, de modo que o THC2/SSE seria devido aos terminais portuários.

5.16. Portanto, o primeiro ponto que este Tribunal precisa definir neste pedido de reexame é se o SSEa existe ou não. Se não, mantém-se a decisão recorrida e nega-se provimento ao recurso, não havendo que se falar em regulação de algo que não existe. Mas se entender que o SSEa existe, a decisão deve ser reformada para se admitir em algum momento a cobrança do THC-2/SSE, restando

avaliar a eventual abusividade dessa cobrança e seus reflexos anticoncorrenciais, questões mais afetas ao papel institucional da Antaq e do Cade, e apenas secundariamente a este Tribunal.

5.17. Uma das razões que levou o relator **a quo** a questionar a existência do SSEa é a assimetria do alcance da **box rate** na exportação e na importação. Segundo ele, o fluxo da carga e os serviços prestados na exportação e na importação seriam os mesmos, embora a THC-2/SSE seja paga apenas na importação: ‘Acerca dessa diferença não encontrei qualquer explicação ou motivação válida por parte da Antaq para tal assimetria’ (peça 114, p. 11, item 82). Além disso, ‘não há serviço que exista em um fluxo que não exista no outro. E essas operações estão inseridas em todos os portos do mundo na taxa internacionalmente conhecida como THC, ou seja, o valor pago ao operador portuário para movimentar a carga horizontalmente do costado do navio até seu portão’ (peça 114, p. 11, item 75).

5.18. Sobre esse ponto, tem-se que, na exportação, o caminho da carga é necessariamente do portão do terminal ao navio, de modo que o caminho completo já é abrangido pelo **Box rate**.

5.19. Na importação, não existe o SSE em outros países porque, sendo o processo mais integrado, já se sabe de antemão o caminho que a carga tomará, podendo-se cobrar pelos serviços antecipadamente dentro do **Box rate**.

5.20. No caso brasileiro, o caminho da importação compreende uma primeira etapa até a pilha de armazenagem, remunerado pelo **Box rate**, cobrado do armador. A partir daí, a carga tem duas alternativas de armazenagem: ser armazenada pelo terminal portuário (que se remunera pela armazenagem) ou ser entregue para armazenamento pelo RAI (quando é prestado o SSEa e cobrada a THC-2/SSE). Isso explica a assimetria entre o caminho da exportação e da importação.

5.21. No tocante ao questionamento sobre a razão pela qual o SSEa é cobrado em um caminho de armazenagem e não em outro (peça 114, p. 9-10, itens 71 e 73), tem-se que ‘não faz sentido exigir isonomia em termos de cobrança THC2/SSE, já que um agente verticalmente integrado não cobra serviços de si mesmo’ (peça 131, p. 2).

5.22. Registre-se que em voto proferido no âmbito do Cade, aduziu-se que ‘o racional do armador é descarregar a carga no cais e seguir viagem no menor prazo possível. Logo, improvável que serviços de operação portuários diferenciados [SSEa] estejam incorporados ao **Box rate**, logo, ao THC’ (peça 131, p. 153, item 154). De fato, o caminho que a carga seguirá após a colocação na pilha de armazenagem não interessa ao armador. E no próprio voto condutor da decisão admite-se que ‘o dono da carga ou importador escolhe com quem vai armazenar a mercadoria até o desembarço’ (peça 114, p. 9, item 70, subitem 3), o que também torna carente de sentido que o SSE seja de antemão cobrado do armador no **Box rate**/THC. (FIGURA NO ORIGINAL)

(Fonte: peça 131, p. 145)

5.23. Ainda que se questione que, mais cedo ou mais tarde, a carga chegaria ao portão do terminal, não se justificando a cobrança do THC-2/SSE, os serviços envolvidos nos dois caminhos não é o mesmo, porque no segundo caso (em que a carga é armazenada pelos RAI), a carga é submetida ao regime de trânsito aduaneiro e a liberação deve ocorrer em 48 horas, demandando um serviço intensivo: ‘Esta modalidade de trânsito deve ser feita em até 48 horas depois do navio descarregar a carga, sob pena de armazenagem pelo operador portuário, segundo dispõe a Instrução Normativa no 262/2002 da Receita Federal’ (decisão Cade, peça 128, p. 38, item 301). Daí porque a Antaq fala em ‘um serviço peculiar a ser remunerado: a segregação e entrega, em regime expedito, de contêineres contendo mercadorias submetidas ao regime de Declaração de Trânsito Aduaneiro (DTA)’. Desse modo, há um custo adicional associado ao SSE devido à utilização intensiva de recursos, em vista da mais rápida entrega dos contêineres.

5.24. A Antaq aduz também que o serviço prestado pelo terminal portuário no regime de trânsito aduaneiro deve ser remunerado, ‘nos termos negociados pelas partes’. Contudo, embora conste no artigo 5º da Resolução-Antaq n. 72/2022 que ‘os serviços não contemplados na cesta de serviços ou **box rate** [isto é, o SSEa] (...) obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas’, na verdade não há negociação, porque a posição dominante dos terminais portuários frente aos RAI lhes permite impor o valor da THC-2/SSE: ‘a liberação dos contêineres é

serviço público prestado pelo operador portuário, sobre o qual o recinto retroalfandegado não tem qualquer poder ou direito de negociação. Para ele o preço é fixado pelo operador portuário, numa posição de dominância e sem formação livre’ (acórdão TRF-3, peça 333, p. 46). Tal situação causa distorções importantes do ponto de vista concorrencial, possibilitando que os terminais portuários ‘exercem seu poder de mercado de forma abusiva (somente eles têm acesso à área molhada e à carga descarregada e competem com os alfandegados no mercado de armazenagem)’ (voto, peça 114, p. 6, item 43).

5.25. Essa circunstância, como se verá mais à frente nesta instrução, é suficiente para o Cade condenar as empresas por ofensa à ordem econômica, dado o efeito anticoncorrencial da THC-2/SSE. Contudo, o eventual efeito anticoncorrencial da THC-2/SSE constitui apenas uma vertente da questão, quando antes seria necessário analisar a própria existência do SSEa que justificaria a cobrança da THC-2/SSE.

*5.26. Importa registrar que não foi a Resolução-Antaq n. 2.389/2012 que criou o SSEa, pois esse serviço já era prestado e cobrado antes da privatização dos portos e antes da criação da Antaq. O Cade entendia haver um ‘vácuo regulatório’ que foi num primeiro momento preenchido pela Codesp em 2005 e depois pela Antaq em 2012, com a edição da referida resolução (peça 131, p. 151-154), conforme reconhecido pelo relator **a quo**: ‘a edição da Resolução 2.389/2012 pela Antaq foi uma tentativa de dirimir a controvérsia’ (peça 114, p. 3, item 26).*

5.27. Em julgamento no Cade, em 2005, aduziu-se (peça 131, p. 136-137):

... nas condições vigentes nas atividades de serviços portuários, há incentivos para a prática de restrições verticais pelos operadores portuários, e, ainda, não há mecanismos que permitam a formação de preços na cobrança de serviços de liberação de contêineres. E a questão concorrencial que tal situação acarreta só pode ser superada ou pela proibição de cobrança desses serviços aos terminais retroportuários, ou pela regulamentação, isto é, pelo estabelecimento de preço máximo homologado pela autoridade reguladora. (g.n.)

5.28. Assim, já em 2005, o Cade vislumbrava dois caminhos: a) proibir a cobrança da THC-2/SSE; b) regulamentar sua cobrança.

5.29. Nos acórdãos 1.704/2018-Plenário, relatora: Ana Arras, e 2.310/2018-Plenário, relator: Bruno Dantas (TC 014.624/2014-1 e TC 024.768/2017-0, respectivamente, ambos tratando de auditoria operacional) este Tribunal privilegiou a solução regulatória.

5.30. Já no Acórdão-TCU 1.448/2022-Plenário, ora recorrido, o Tribunal seguiu outra trilha, negando a existência o SSEa e coibindo assim a cobrança da THC-2/SSE.

*5.31. O relator **a quo** registrou que a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), em parecer de 2015, entendeu que ‘os custos associados a ela [à etapa de segregação de cargas, isto é, ao SSE] já devem integrar a THC, o que, no seu entender [da SEAE], sugere a impropriedade dos conceitos de **Box rate** e THC da hoje Resolução 72/2022 (antiga 34/2019)’. Acrescentou que, mais recentemente, a SEAE, no parecer acostado ao TC 015.453/2020-0, apenso, peça 87, p. 21, quando da análise da Resolução 34/2019, classificou-a como ‘Bandeira Vermelha’, que quer dizer, ‘ato normativo com caráter anticompetitivo, caso verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial’ e que por isso a SEAE ‘recomendou mais uma vez à Antaq que alterasse o normativo para determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal de contêineres estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (**Box rate** e THC)’ (peça 114, p. 6-7, itens 47-49).*

*5.32. De fato, o parecer da SEAE de 2021, cujas conclusões, conforme consta no voto condutor (peça 114, p. 15, item 111), compuseram as avaliações do relator **a quo**, conclui (TC 015.453/2020-0, apenso, peça 87, p. 157-158):*

224. Com base no acima exposto, conclui-se que o presente caso se classifica como sendo de bandeira vermelha, uma vez que a permissão para cobrança do SSE/THC 2, particularmente no atual formato, traz caráter anticompetitivo à Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019, sendo verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarreta distorção concorrencial,

nos termos do inciso I, art. 18 da Instrução Normativa (IN) SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020, com respectivos efeitos esperados prejudiciais ao bem-estar do consumidor.

225. Conforme apontado ao longo deste Parecer, o atual formato da regulação permite que os terminais molhados efetuem a cobrança de insumo essencial ao mercado de armazenagem alfandegada em virtual regime de monopólio, sujeito apenas a regulação *ex post*. Nessas condições existe oportunidade e racionalidade para que ocorra abuso de posição dominante pelos terminais molhados a fim de explorar poder de mercado e elevar artificialmente os custos dos rivais no mercado de armazenagem alfandegada. Como ilustra a experiência australiana, tal possibilidade não se restringe à cobrança específica do SSE/THC 2, mas se relaciona à estrutura dos mercados envolvidas, de forma que é necessário que sejam adotados remédios regulatórios apropriados para evitar a conduta anticoncorrencial, algo que se entende não ocorreu na Resolução em comento.

226. Nesse sentido, esta SEAE recomenda os seguintes encaminhamentos, em ordem de preferência, relativamente à regulação da movimentação de contêineres nas instalações portuárias:

i. alterar a Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma a determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (**Box rate e THC**, no que couber); ou

ii. alterar a Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma que seja aplicado um regime de regulação ex ante, do tipo tarifa teto ou semelhante, a todas as cobranças obrigatórias aplicadas junto aos donos da carga ou seus prepostos, tais como os terminais secos.

(...)

228. Conforme disposto neste Parecer, verifica-se, de acordo com a Instrução Normativa SEAE n. 97, de 2020, que a cobrança do SSE/THC 2 disciplinada na Resolução Normativa ANTAQ n. 34/2019, regula conduta já considerada infração à ordem econômica pelo Plenário do Conselho Administrativo – CADE.

229. Outro ponto verificado na norma da ANTAQ é que a cobrança do THC 2 representa uma reserva de mercado, prejudicando o ambiente de concorrência, uma vez que eleva as barreiras de entrada, limitando o acesso ao mercado de consumidores para uma parte restrita de agentes econômicos. (g.n.)

5.33. A SEAE aduz que ‘a permissão de cobrança do SSE/THC 2 (...) traz caráter anticompetitivo à Resolução Normativa ANTAQ n. 34/2019’, como se a resolução da Antaq, ao permitir a cobrança da SSE/THC, tivesse criado um ambiente anticompetitivo. Na verdade, ‘a posição dominante do operador portuário [frente aos RAI e de que resulta os problemas anticoncorrenciais anotados pelos Cade, pelo TCU e pela própria Antaq] decorre da própria dinâmica do setor portuário, tendo em vista a relação de dependência dos recintos alfandegados para com o terminal molhado [RAI]’ (voto Cade, peça 236, p. 18, item 151). Conforme já registrado, não foi a resolução da Antaq que criou o SSEa, nem instituiu a SSE/THC, mas apenas tentou regular a prestação de um serviço da qual decorria uma cobrança, os quais já existiam, o serviço e a cobrança, muito antes da própria criação da Antaq.

5.34. Note-se que a SEAE não nega a existência da SSEa (portanto nem da THC-2/SSE), mas, assim como o Cade, censura os possíveis efeitos anticoncorrenciais que a cobrança da THC-2/SSE acarreta. Nesse sentido, recomenda (i) incorporar a THC-2/SSE ao **Box rate/THC**; ou, subsidiariamente, (ii) regulação **ex ante** da THC-2/SSE.

5.35. A recomendação (i) não é uma alternativa adequada do ponto de vista econômico, porquanto oneraria os armadores (donos dos navios) mais que o necessário e configuraria subsídio cruzado. Segundo a Antaq: ‘Eventual intervenção externa proibindo sua cobrança [da THC-2/SSE] levaria, inexoravelmente, a uma revisão para cima dos valores de THC indistintamente cobrados, eliminando um importante sinal de preço do serviço específico, em prejuízo da eficiência da operação como um todo’ (peça 125, p. 25, item 48). No mesmo sentido é a manifestação do Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE/Cade): ‘ao compreender que o SSE ou THC2 deve ser cobrado de maneira indistinta, dentro da rubrica THC, aos armadores, o Cade, na realidade, está subscrevendo a

possibilidade de subsídio cruzado, o que pode gerar ineficiências' (Nota Técnica n. 17/2022/DEE/CADE, peça 131, p. 2 e 134).

5.36. Quanto à recomendação (ii), a SEAE notou que a Antaq, procurando regular os conflitos a respeito da THC-2/SSE, editou a Resolução n. 2.389/2012, em que adotava uma regulação *ex ante* (artigo 5º. 'Os serviços não contemplados no **Box rate**..., observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária'). Entretanto, ao cumprir a determinação deste Tribunal (Acórdão 1.704/2018-Plenário, item 9.1.2., que determinou à Antaq que 'proceda à revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico-institucional estabelecido pela Lei 12.815/2013 e pela Lei 12.529/2011, com vistas a dar cumprimento a sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes') editou a Resolução-Antaq n. 34/2019 (substituída pela Resolução-Antaq n. 72/2022) em que a referência a 'tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária' foi suprimida, restando a atuação **a posteriori**: 'Art. 5º, § 1º. A autoridade portuária, em caso de conflito, arbitrará o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em contrato'. Então, a recomendação da SEAE é basicamente para que se volte à regulação *ex ante*, com a estipulação de alguma espécie de tarifa teto para a cobrança da THC-2/SSE.

5.37. De todo modo, para efeito desta instrução, importa notar que a SEAE também aqui não nega a existência da SSEa, buscando apenas regular com anterioridade o valor cobrado a título de THC-2/SSE, a fim de minorar os efeitos anticoncorrenciais dessa cobrança.

5.38. Ao contrário deste Tribunal na decisão recorrida, nem o Cade, nem o Poder Judiciário negam a existência do SSEa.

5.39. O Cade expressamente reconhece que a cobrança do THC-2/SSE não é ilícito em si mesmo, mas coíbe sua cobrança e considera ilícita sua cobrança porque seus potenciais efeitos anticoncorrenciais ofendem a ordem econômica, nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011.

5.40. Já as inúmeras decisões judiciais em ambos os sentidos, tal como notado pelo relator **a quo** (peça 114, p. 14, p. 103), têm em comum não negarem a existência do SSEa. Em regra, as decisões contrárias à THC-2/SSE reconhecem os potenciais efeitos anticoncorrenciais, nos termos do entendimento do Cade. E as decisões favoráveis reconhecem a prestação do SSEa pelos terminais portuários e assim a necessidade de sua remuneração, vedado o enriquecimento sem causa.

5.41. Todo o exposto sugere que o SSEa constitui um serviço adicional distinto do THC, portanto não abrangido pelo **Box rate**, e induz à conclusão pela legalidade da THC-2/SSE, de modo que a solução adotada por este Tribunal mediante o Acórdão-TCU 1.448/2022-Plenário, ora recorrido, de suprimir a THC-2/SSE, não se afigura a melhor solução. Além disso, à admissão da legalidade da THC-2/SSE sobrevêm questões concorrenciais e regulatórias que cabem mais diretamente à Antaq e ao Cade.

5.42. Por outro lado, tendo já se debruçado em outras oportunidades sobre a matéria e verificando que a eventual abusividade na cobrança da THC-2/SSE poderia gerar efeito anticoncorrencial e barreiras à entrada, causando ineficiência e aumento do 'Custo-Brasil', pareceu intolerável a esta Corte permitir a continuidade da cobrança da THC-2/SSE nos moldes em que vinha sendo, mormente após a prolação dos acórdãos 1.704/2018-Plenário, relatora: Ana Arras, e 2.310/2018-Plenário, relator: Bruno Dantas (TC 014.624/2014-1 e TC 024.768/2017-0, respectivamente, ambos tratando de auditoria operacional), determinando à Antaq que tomasse medidas tendentes a coibir as cobranças abusivas da THC-2/SSE e regular os conflitos decorrentes dessa cobrança.

5.43. Mesmo se reconhecendo que a SSEa constitui um serviço adicional prestado pelos terminais portuários aos RAI e que por isso merece ser remunerado, a pura e simples reforma da decisão recorrida teria por efeito tão somente a volta ao cenário anterior, de denúncias sobre cobranças abusivas, com os efeitos deletérios já abordados.

5.44. Entretanto, a decisão recorrida, ao negar a SSEa e entender ilegal a cobrança da THC-2/SSE, tolhe a atuação da Antaq como agente regulador, porquanto não se pode regular algo que não existe.

5.45. Assim, a melhor alternativa, dado o estado da questão, é adotar entendimento que permita à Antaq continuar atuando na regulação da matéria, mas se mantendo por ora a suspensão da cobrança até que a Antaq expeça nova regulamentação em que inclua (i) metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE para apuração de denúncias; e (ii) procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário, na linha do que disposto no Acórdão 2.310/2018-Plenário, relator: Bruno Dantas, e no Memorando de Entendimentos n. 01/2021 firmado entre Antaq e Cade em 17/6/2021 (peça 130).

6. Posição do Cade e Antaq

6.1. A Antaq alega que:

a) é possível afirmar que o Cade já teve posições distintas, que foram evoluindo ao longo do tempo, sobre a legalidade em tese da cobrança da THC-2/SSE; se em alguns acórdãos chegou a considerar a cobrança como ilegal *per se*, as manifestações mais recentes de seu colegiado, Superintendência-Geral e órgãos técnicos parecem caminhar de forma mais alinhada com a Antaq, no sentido de que a cobrança é legal em tese, especialmente após a edição da Resolução Normativa-Antaq n. 34/2019, cabendo um olhar sobre a dinâmica dos casos concretos em relação a valores, serviços prestados e efeitos concorrenciais, sempre à luz da chamada regra da razão; (peça 125, p. 25)

b) a Antaq também tem convergido com as posições do Cade no sentido de uma maior atenção às preocupações concorrenciais daquele órgão: tem evoluído sua regulação ao longo dos últimos dez anos, passando de uma total lacuna regulatória (período anterior a 2012), para uma regulação um tanto abstrata, que previa livre negociação e arbitramento de preços pela Autoridade Portuária apenas em caso de conflito (Resolução-Antaq 2.389/2012), em seguida para um regime mais rigoroso, com publicação prévia dos serviços oferecidos e preços máximos, e arbitramento de preços máximos pela Antaq em caso de conflito ou de indícios verossímeis de abusividade (Resolução Normativa- Antaq n. 34/2019) e por fim caminhando para o estabelecimento de critérios objetivos para aferição de eventual abusividade (Audiência Pública 07/2022); (peça 125, p. 26)

c) no caso mais paradigmático e recente do Cade sobre o tema, Processo Administrativo 08700.005499/2015-51, julgado em 2021 (peça 128), ainda que tenha havido condenação do terminal por cobrança da SSE, mesmo diante da regulação autorizativa da Antaq, alguns sinais de convergência com a posição da Antaq começaram a surgir; (peça 125, p. 26)

d) no referido processo, a nota técnica da Superintendência-Geral do Cade (Nota Técnica 7/2020-CGAA/SGAI/SG/CADE, de 1º/4/25020 – peça 129) foi extremamente favorável à legalidade da cobrança da SSE; além disso, dois conselheiros proferiram votos pela não condenação da empresa por conta da cobrança da SSE, embora tenham sido vencidos; (peça 125, p. 26)

e) contudo, mesmo o voto do conselheiro relator, pela condenação, destacou que não haveria uma ilegalidade em abstrato ou *per se*, sendo a condenação no caso concreto devida ao fato de ter havido cobrança a título de SSE de um serviço já abrangido pela THC; (peça 125, p. 26)

f) tal manifestação constitui claro posicionamento de que, não sendo a cobrança do SSE ilegal *per se*, é necessário verificar no caso concreto a eventual abusividade, posição essa com a qual a Antaq converge, e que foi mais bem trabalhada em manifestações de órgãos técnicos e de instrução do Cade; (peça 125, p. 27)

g) na Nota Técnica 7/2020 (peça 129), observa-se que o Cade passou a adotar postura diferente na análise dos processos após a edição da Resolução 34/2019 pela Antaq, de modo a concluir pela licitude da cobrança em questão a partir da adoção do novo modelo regulatório; ao contrário do que consta da decisão recorrida, a análise anticoncorrencial empreendida pelo Cade não se direciona, portanto, à edição da norma regulatória, mas sim ao exame, em concreto, de eventuais

práticas anticoncorrenciais relacionadas a possível abuso na cobrança da taxa relativa ao SSE; (peça 125, p. 27-28)

h) assim, tanto a Antaq quanto o Cade estabeleceram importante diálogo interinstitucional no trato da matéria, o qual culminou com a elaboração do Memorando de Entendimentos n. 01/2021, de 17/6/2021 (peça 130), que mostra que Antaq e Cade vinham convergindo para tratar a questão de forma mais coerente entre as esferas regulatória e concorrencial; (peça 125, p. 28-31)

i) a norma prevista no item 3.1 do Memorando de Entendimentos n. 01/2021 (peça 130) estava em processo de audiência pública quando publicado o acórdão recorrido; a audiência teve início em 23/6/2022 e teria fim de 6/8/2022; (peça 125, p. 31)

j) o texto da instrução normativa em discussão foi fruto de longo estudo acadêmico, debate e interlocução com o mercado, incluindo uma prévia Tomada de Subsídios aos interessados, iniciada em abril de 2021 e encerrada em agosto de 2021; (peça 125, p. 31)

k) durante o ano de 2021 também ocorreram diversas reuniões técnicas com a Superintendência Geral do Cade, com a criação e maturação de uma metodologia própria e inovadora do ponto de vista regulatório; (peça 125, p. 31)

*l) a Nota Técnica n. 17/DEE/CADE, de 27/6/2022 (peça 131), entendeu que 'há justificativa lícita para cobrança dos valores atinentes ao SSE, não havendo motivos para considerar a sua cobrança como anticoncorrencial', considerando que (i) a regulação atual explícita que a THC2 não se encontra contida na **Box rate**, salvo disposição contratual em contrário; (ii) as partes não possuem disposição contratual em contrário, logo o **Box rate** atualmente não inclui SSE; (iii) a SSE é efetivamente prestada, já que há movimentação de contêineres dentro do perímetro dos operadores portuários; (iv) logo, a THC-2 é devida, pois os operadores portuários não podem trabalhar sem remuneração pelos serviços de movimentação dentro de seus próprios recintos. (peça 125, p. 31-32)*

Análise

*6.2. O relator **a quo** registrou que o Cade considera 'a SSE como indevida cobrança de valores pelos operadores portuários aos recintos alfandegados, em decorrência da relação de dependência destes para com aqueles no mercado de armazenagem alfandegada, caracterizado pelo abuso de posição dominante pelos operadores portuários em face da capacidade de aumentar os custos dos recintos alfandegados'. Desse modo, o Cade 'considera que a manutenção da cobrança de SSE tem (...) a potencialidade de discriminar e aumentar os custos dos rivais, de expulsar agentes do mercado, de diminuir o incentivo a novos entrantes e de aumentar o nível geral de preços desse mercado' (peça 114, p. 6, itens 45-46). (g.n.)*

6.3. Contudo, pelos próprios termos acima, a posição do Cade de coibir a cobrança da THC-2/SSE decorre de considerações pertinentes aos seus potenciais efeitos concorrenciais, e não à efetiva verificação desses efeitos, sendo que o Cade admite a licitude do THC-2/SSE e não nega a existência do SSEa, ao contrário do que fez este Tribunal.

6.4. A jurisprudência do Cade relativo ao THC-2/SSE é formado pelos seguintes julgados:

- Processo Administrativo 08012.007443/1999-17, julgado em **2005**;*
- Processo Administrativo 08012.003824/2002-84, julgado em **2016**;*
- Processo Administrativo 08012.001518/2006-37, julgado em **2018**;*
- Processo Administrativo 08700.005499/2015-51, julgado em **2021**.*

6.5. Há ainda três Recursos Voluntários (08700.004935/2020-31, 08700.004943/2020-88 e 08700.001884/2020-12), em que o Cade deu provimento a recurso contra decisão anterior do próprio Cade que havia indeferido medida preventiva requerida pelo RAI para suspender a cobrança da THC-2/SSE.

6.6. Na decisão de 2005, o Cade expressamente negou a existência da SSEa, por entender que o SSE já estaria incluso no THC e que, se existente o SSEa, este deveria ser cobrado do armador. Ou seja, o SSEa estava ou deveria estar incluído no THC, não sendo adequado cobrar a THC-2/SSE dos RAI (peça 129, p. 19, itens 202-204; peça 131, p. 6, item c. 'i'; p. 137). Contra essa decisão foram

ajuizadas diversas ações judiciais que resultaram em decisões afastando sua aplicação e restabelecendo o pagamento do THC-2/SSE.

6.7. Na decisão de 2016, sobrevindo a Resolução-Antaq n. 2.389/2012 preenchendo um 'vácuo regulatório' ao reconhecer que a SSEa não fazia parte do **Box rate**, o Cade concluiu que tal norma tinha efeito constitutivo, e não declaratório (peça 129, peça 20, item 206, 'iv'), entendendo lícita a cobrança da THC-2/SSE a partir da edição da norma e condenando as cobranças realizadas anteriormente à sua edição.

6.8. Na decisão de 2018, o Cade reviu essa última posição. Embora a SG/Cade, MPF e Procuradoria Federal junto ao Cade tenham entendido que a autorização concedida pela Resolução-Antaq n. 2.389/2012 para cobrança da THC-2/SSE impedisse o Cade de coibir tal cobrança a partir da edição da norma (peça 131, p. 148), o Conselho entendeu que a cobrança configurava infração à ordem econômica, porquanto 'a cobrança da THC2, embora autorizada pela regulação, seria ilícita e, portanto, proibida pelo ordenamento antitruste, considerando, principalmente, a tese de que não haveria barganha estabelecida entre oferta (operadores portuários) e demanda (armazéns retroportuários), caso autorizada a THC2' (peça 131, p. 6), de modo que 'os terminais portuários estariam se aproveitando 'de sua posição na cadeia logística de importação marítima de mercadorias para falsear um mercado cativo de liberação de contêineres, por meio da cobrança da THC2 imposta aos recintos alfandegados'' (peça 131, p. 146). Houve ainda dois votos que, acompanhando o relator, negaram a existência do SSEa, por entenderem que o SSE já estava incluído no THC (peça 131, p. 147), e dois votos favoráveis à cobrança da THC-2/SSE, pois, 'para caracterizar a geração potencial de efeitos, seria preciso demonstrar ou que os preços cobrados superam os custos efetivos, ou que houve discriminação em função de quem retirava a carga' (peça 131, p. 150).

6.9. Essas decisões de 2016 e 2018, mesmo não negando a existência do SSEa, têm em comum a condenação da conduta de cobrar a THC-2/SSE, independentemente do nível de preço praticado (peça 131, p. 141 e 146).

6.10. Isso porque o Cade não leva em conta os preços efetivamente cobrados a título de THC-2/SSE, restringindo-se à análise da estrutura de mercado, da relação entre terminais portuários e RAI e da legislação da concorrência (Lei 12.529/2011). O Cade reconhece expressamente que 'a jurisprudência do Cade tem evitado analisar acusações de preços abusivos que não estejam conjugadas com outras infrações à ordem econômica' e que 'o foco da política antitruste está no processo competitivo em cada mercado, sendo que o preço praticado é resultado dessa dinâmica' (peça 129, p. 17, itens 181-182).

6.11. Com efeito, o Cade aborda o problema pelo lado concorrencial e faz uma análise **in abstracto**, considerando os potenciais efeitos anticoncorrenciais: 'Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados'. E inegavelmente a cobrança do THC-2/SSE pode, a depender do valor, 'prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa', levar o terminal portuário a 'dominar mercado relevante de bens ou serviços' ou 'exercer de forma abusiva posição dominante'; 'limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado' e 'criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços' (Lei 12.529/2011, artigo 36, **caput**, incisos I, II e IV; § 3º, incisos III e IV). Conforme reconhecido no voto condutor: 'a norma [Lei 12.529/2011] dispõe que o prejuízo ou abuso nem sequer precisa ter se consumado. Se as circunstâncias tiverem probabilidade de produzir os efeitos danosos ali descritos, já se caracterizaria a infração da ordem econômica. Por esse motivo, o Cade vem se posicionado contra a cobrança da referida taxa' (peça 114, p. 101, item 100). (g.n.)

6.12. Contudo, a potencial lesividade da THC-2/SSE à ordem econômica, que leva o Cade a ter por ilícita sua cobrança do ponto de vista concorrencial, não implica negar a existência do SSEa, nem implica dizer que no caso concreto aqueles efeitos anticoncorrenciais efetivamente se

verifiquem. Ainda assim, os terminais portuários acabam sendo condenados pelo Cade, mesmo quando a decisão reconhece a existência da SSEa e a licitude em tese da cobrança da THC-2/SSE.

6.13. Como o papel do Cade é combater infrações à ordem econômica, outra não poderia ser sua postura senão a de condenar a cobrança da THC-2/SSE, que efetivamente possui potencial anticoncorrencial, não pelo fato de o SSE não ser prestado e a THC-2/SSE não ser devida, mas pela posição dominante dos terminais portuários em relação aos RAI, quando, segundo o Cade, ‘a posição dominante do operador portuário decorre da própria dinâmica do setor portuário’ (peça 131, p. 159-160). A partir daí, para o Cade condenar os terminais portuários basta a possibilidade de eles se aproveitarem da posição dominante para onerar os RAI, impor barreiras à entrada ou mesmo excluir seus concorrentes na etapa seguinte do processo, a de armazenagem das cargas. Por essa razão, ao contrário do entendimento do TCU, o Cade não afirma que o SSEa não existe, mas sim que mantém ‘o entendimento da cobrança de THC2 como ilícita em face do direito concorrencial, em razão da existência de vácuo regulatório’. Isto é, a incapacidade ou dificuldade de a Antaq regular os conflitos advindos da eventual abusividade da THC-2/SSE leva o Cade a considerar a cobrança ‘ilícita em face do direito concorrencial’. (g.n.)

6.14. Ocorre que, não obstante essa análise parcial e sem consideração ao caso concreto, as decisões do Cade acabam por sustentar muitas decisões judiciais favoráveis aos RAI simplesmente impedindo a cobrança da THC-2/SSE, sem adentrar o mérito sobre a existência do SSEa e sobre se a cobrança no caso concreto efetivamente gera efeitos anticoncorreciais.

6.15. O Cade, pela própria natureza da sua atuação, está destinado a enfrentar a problemática da THC-2/SSE apenas por seus potenciais efeitos anticoncorreciais, que de fato existem e tornam as decisões daquele conselho inatacáveis em suas próprias razões. Mas tais decisões do Cade representam apenas o lado concorrencial da questão e por isso não esgotam o assunto, que envolve também a questão regulatória (as decisões judiciais que permitem a cobrança da THC-2/SSE se fundam na atribuição da Antaq de regular a matéria – assim: STJ, AResp no 1441228, decisão monocrática, relator: Mauro Campbell Marques, publ. 5/11/2019) e a questão econômica dos custos adicionais associados à prestação da SSEa pelos terminais portuários (quando as decisões do Cade são afastadas pela via judicial é justamente por se reconhecer a existência da SSEa e a necessidade de sua remuneração, vedado o enriquecimento sem causa – assim: TRF-3, Apelação n. 0014995-56.2005.4.03.6100/SP, relatora: Marli Ferreira, publ. 26/3/2015).

6.16. A única forma de o Cade transcender os limites da sua atuação é analisar o caso concreto para verificar se a cobrança da THC-2/SSE efetivamente produz efeitos anticoncorreciais. Foi isso o que o Cade procurou fazer com a decisão de 2021.

6.17. A recorrente alega que na decisão de 2021 houve no âmbito do Cade entendimentos que convergiram com a posição da Antaq, no sentido de não considerar a cobrança da THC-2/SSE ilegal **per se** e da necessidade de se avaliar o caso concreto para verificação da efetiva abusividade da cobrança.

6.18. A recorrente alega ainda que na Nota Técnica 7/2020-CGAA/SGAI/SG/CADE, de 1º/4/2020 (peça 129), emitida no âmbito da referida decisão, observa-se que o Cade passou a adotar postura diferente na análise dos processos após a edição da Resolução 34/2019 pela Antaq, de modo a concluir pela licitude da cobrança em questão a partir da adoção do novo modelo regulatório. Assim, segundo a recorrente, ao contrário do que consta na decisão recorrida, a análise anticoncorrencial empreendida pelo Cade não se direciona à edição da norma regulatória, mas sim ao exame, em concreto, de eventuais práticas anticoncorreciais relacionadas a possível abuso na cobrança da taxa relativa ao SSE. De fato, a NT 7/2020 (peça 129) entendeu pela ocorrência de infração à ordem econômica apenas no período anterior à edição da Resolução-Antaq n. 34/2019.

6.19. Observa-se ainda que nesse processo do Cade o terminal portuário pediu realização de inspeção **in loco**, ‘para que a própria autoridade possa constatar a diferença na prática entre os serviços prestados a título de THC (**Box rate**) e os referentes ao THC2 (serviço de segregação e entrega)’, no intuito de ‘demonstrar a ocorrência de custos adicionais com a prestação do serviço de

SSE'. O pedido já havia sido indeferido, o que foi confirmado pela SG/CADE, sob o argumento de que 'esse ponto já foi reconhecido pela Antaq, o que leva à perda de objeto do pedido', dado o 'entendimento sobre a questão trazido pela Resolução Antaq nº 34/2019' (peça 129, p. 7, itens 88-90). Assim, o terminal portuário pretendia demonstrar a ocorrência efetiva de tais custos adicionais, mas ao final foi condenada justamente porque, a despeito da previsão normativa, não logrou comprovar os referidos custos.

6.20. A SG/Cade entendeu que 'a cobrança de THC2 não poderia ser considerada, por si só, um ilícito', e, com base em parecer da Antaq 'que comparou o nível dos preços de 'tabela' da SSE/THC2 em outros lugares do Brasil com os valores cobrados' pelo operador portuário naquele caso, 'considerou que tais valores 'estariam em patamar abaixo da média dos preços nacionais de tabela, sugerindo modicidade da cobrança' (peça 131, p. 7).

6.21. O relator concordou que 'a conduta em comento não consiste em ilícito concorrencial *per se*, no sentido que a cobrança, por si só, do SSE não pode ser vista como infração à ordem econômica à míngua das características do caso concreto' (peça 131, p. 156). Mas, ao analisar o caso concreto, entendeu que a cobrança 'se mostrava abusiva, independentemente de seu preço, tendo em vista que: (i) alguns dos respectivos custos já foram remunerados mediante o pagamento da **box rate** pelo armador ao operador portuário, havendo, portanto, cobrança em duplicidade; (ii) tem caráter discriminatório, não sendo cobrada quando a Representada é quem armazena a mercadoria; e (iii) carece de justificativa econômica razoável' (peça 131, p. 7-8 e p. 156). (g.n.)

6.22. Nesse caso, diferentemente dos anteriores, o Cade adentrou o caso concreto, e, embora não tenham sido feitas considerações de preço, verificou-se que efetivamente os serviços cobrados a título de THC-2/SSE já haviam sido remunerados por meio do **box rate**/THC.

6.23. Também se verifica que, para essa análise do caso concreto, a decisão contou com a colaboração da Antaq (peça 128, p. 39-40, itens 316-327): 'A opinião da agência reguladora, portanto, indica que [o terminal portuário], ainda que o SSE de fato possa gerar serviços e custos adicionais ao operador portuário, no caso em tela, a representada não logrou êxito em demonstrar de forma cabal que a cobrança do SSE decorre de custos adicionais e dissociados dos serviços abrangidos pela **box rate** e remunerados pelo THC' (item 322).

6.24. Assim, em vista do que referido nesse processo do Cade, a recorrente entende haver alinhamento entre a Antaq e a posição mais recente do Cade, no sentido de não considerar ilegal em si a cobrança da THC-2/SSE e da necessidade de se analisar o caso concreto.

6.25. Nesse sentido, observa-se que a NT 17/2022-Cade (peça 131) é justamente uma tentativa de dotar o Cade de instrumento de análise de preços para exame do caso concreto.

6.26. E no contexto de uma cooperação mais estreita entre Antaq e Cade se insere o Memorando de Entendimentos n. 01/2021 (peça 130) para cooperação no sentido de identificar concretamente abusividade na cobrança da THC-2/SSE (peça 130).

6.27. O Memorando de Entendimentos n. 01/2021 (peça 130), celebrado entre o Cade e a Antaq, com a interveniência do Ministério da Infraestrutura, versa sobre 'procedimentos de cooperação na análise de cobranças sobre o serviço de segregação e entrega imediata de cargas em regime de trânsito aduaneiro'.

6.28. No documento, 'Antaq e Cade se comprometem a envidar esforços de cooperação e a atuar de maneira integrada para estabelecer os procedimentos para a análise de indícios de abusividade e infrações à ordem econômica na cobrança do Serviço de Segregação e Entrega- SSE' (item 1.1).

6.29. Entre os postulados reconhecidos por Antaq e Cade no documento está: 'nos termos da Resolução Normativa-Antaq 34, de 2019 e à luz da jurisprudência consolidada do Cade, a cobrança pelo SSE não configura, por si só, um ato ilícito' (item 2.1.1).

6.30. Outro postulado: 'ainda que se reconheça que a cobrança do SSE não seja considerada, por si só, um ato ilícito, em determinadas circunstâncias pode se revelar abusiva, quando verificada, por exemplo: (i) a abusividade dos valores, (ii) o caráter discriminatório e não

isonômico, (iii) a falta de racionalidade econômica para a cobrança, (iv) a cobrança em duplicidade por rubricas já abrangidas pela **box rate**, pelo SSE e/ou remuneradas pela **Terminal Handling Charge (THC)**, (v) a cobrança por serviço sem a efetiva contraprestação, dentre outras' (item 2.1.2). De fato, conforme já anotado, a cobrança da THC-2/SSE pode ocasionar abusividade e gerar efeitos anticoncorrenciais, mas somente a análise do caso concreto pode revelar se isso efetivamente acontece. (g.n.)

6.31. Outro postulado: 'Caso a cobrança do SSE no caso concreto se mostre abusiva e com potencial de gerar os efeitos [anticoncorrenciais], seja pelo preço ou pelas condições sob as quais é cobrada, configurando infração à ordem econômica, o Cade deverá atuar, sem prejuízo das competências da Antaq no caso' (item 2.1.3). Ou seja, ainda que a análise do Cade verifique efeitos potenciais por imposição legal, tal análise não mais prescindiria de considerar os preços ou condições praticadas no caso concreto. (g.n.)

6.32. Outro postulado: 'O Cade, ao identificar irregularidades na cobrança de SSE, formulará consulta prévia à Antaq sobre a existência de abusividade, que deverá encaminhar resposta em até 90 (noventa) dias' (item 2.1.4). Esse dispositivo, bem como o documento com um todo, é um claro reconhecimento do Cade dos limites da sua atuação e de que a Antaq tem melhores condições de analisar o caso concreto.

6.33. A Antaq se compromete a elaborar, com o auxílio do Cade, 'a metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE para apuração de denúncias no âmbito da Agência' e 'procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário' (itens 3.1 e 3.3).

6.34. Esse memorando é uma forma encontrada pelo Cade para superar sua própria limitação no tocante à análise **in abstracto** da questão posta sob seu julgamento e procurar adentrar a análise do caso concreto. E como a Antaq tem melhores condições de identificar, no caso concreto, a existência de abusividade, é natural que os dois órgãos trabalhem juntos para identificar a abusividade **in concreto**.

6.35. Note-se que o Memorando de Entendimentos n. 01/2021 é condizente com a determinação deste Tribunal à Antaq, por meio do Acórdão 2.310/2018-Plenário, relator: Bruno Dantas, no sentido de (i) desenvolver 'metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001'; (ii) regulamentar 'processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêineres, com vistas a subsidiar as análises de abusividade de preços e tarifas de terminais e operadores portuários, definindo referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001; (iii) estabelecer 'medidas para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticados no segmento de contêiner, nos termos do inciso II do art. 27 da Lei 10.233/2001'. (g.n.)

6.36. Então o que se observa é que o desenvolvimento da nova metodologia determinada por este Tribunal estava em curso, quando sobreveio o Acórdão 1.448/2022, negando a existência do SSEa e suspendendo a cobrança da THC-2/SSE, o que acabou por suspender também o processo de elaboração de metodologia de análise de abusividade da THC-2/SSE.

7. Precedentes judiciais

7.1. A Antaq alega que:

a) ainda que não seja possível afirmar que o tema está pacificado no poder judiciário, diversas instâncias têm reconhecido a legalidade da cobrança da SSE e da atuação da Antaq; (peça 125, p. 33)

b) na esfera das cortes estaduais, temos vastíssima jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e de Santa Catarina; reproduz: TJSP APL 1033989-50.2017.8.26.0562, 15ª Câmara Cível j.11.08.2020, relator Elói Estevão Troly; (peça 125, p. 33-34)

c) há diversos precedentes do TRF-1 e TRF-3; reproduz: TRF1 - AC 0036938-38.2005.4.01.3400 – Quinta Turma, j. 21.10.2015, relator Desembargador Federal Souza Prudente; (peça 125, p. 34-36)

d) no âmbito dos tribunais superiores, anteriormente à própria criação da Antaq: STJ - REsp Nº 419141/SP – j. 16.5.2002 – Segunda Turma – relatora Ministra Eliana Calmon; (peça 125, p. 36-38)

e) em relação a litígios já regidos pelos atos normativos da Antaq, o STJ tem se limitado a manter as decisões de mérito das instâncias inferiores, por questões processuais ou por entender incabíveis os recursos especiais sobre a matéria; reproduz: STJ - ARESP 1441228/SP j. 5/3/2020 – Segunda Turma – Relator Min. Campbell Marques: ‘Inexistência de vício no acórdão recorrido. Acórdão recorrido fundamentado em resolução da Antaq. Norma que escapa ao conceito de lei federal. Súmula 7 do STJ. Agravo interno não provido’; (peça 125, p. 38-39)

f) ainda que tais decisões estejam escoradas na conhecida Súmula 7 do STJ, é paradigmático que aquela corte não tenha conhecido – e nem enfrentado – a legalidade da Resolução da Antaq, em clara atitude de autocontenção, o que não costuma ocorrer quando os ministros do STJ vislumbram uma clara ofensa à lei federal, como a apontada no voto do relator do acórdão recorrido. (peça 125, p. 39)

Análise

7.2. Conforme aduzido pelo relator da decisão recorrida, ao longo dos últimos vinte anos há várias decisões judiciais em ambos os sentidos.

7.3. No STF, a Abratec, **amicus curiae** neste processo, impetrou o Mandado de Segurança n. 38.673/DF, com pedido de tutela de urgência, contra o acórdão ora recorrido. No parecer à peça 190, o Ministério Público Federal opinou ‘pelo não conhecimento da impetração, por ilegitimidade ativa do impetrante, mas, se conhecido, pela concessão da ordem’ (peça 190). Posteriormente, houve desistência da ação, a qual foi homologada, de modo que o mérito não chegou a ser examinado.

7.4. Conforme alegado, a questão também não chegou a ser analisada em seu mérito pelo STJ, pois sempre esbarra em questões processuais, normalmente a Súmula-STJ n. 7: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’, de modo que o acórdão do tribunal de origem, seja ele favorável ou contrário à THC-2/SSE, acaba por ser mantido. Assim: REsp 2116355/SP, Resp 1774301/SP.

7.5. Não obstante, tem-se notícia de que na sessão de 5/3/2024 a relatora do Recurso Especial 1.899.040/SP, ministra Regina Helena Costa, ‘proferiu voto no sentido de que a cobrança da tarifa [THC-2/SSE] é ilegal e que as normas da Antaq devem observância à Lei Antitruste (Lei 12.529/2011)’. Ela ‘posicionou-se pela prevalência da interpretação do Cade, que declarou a tarifa como ilegal, em detrimento das normativas da Antaq, que autorizam a cobrança da THC2. Após seu voto, o ministro Gurgel de Faria solicitou mais tempo para análise do processo’ (<<https://www.jota.info/artigos/thc2-celeuma-juridico-regulatoria-continua-no-stj-29042024>> – acesso: 3/8/2024). Embora o voto não esteja disponível, tem-se que, fundando-se em decisão do Cade, há grande possibilidade de que o entendimento da relatora pela ilegalidade tenha decorrido de ofensa à ordem econômica pelos potenciais efeitos anticoncorrenciais da THC-2/SSE.

7.6. Mais recentemente, há notícia de decisão do TRF-3, de 14/5/2024, na Apelação Cível n. 0003277-84.2004.4.03.6104, relatora: Mônica Nobre, que julgou ‘parcialmente procedentes os pedidos para declarar a ilegalidade da cobrança de tarifa de segregação e entrega de contêineres, (THC-2/SSE ou qualquer outra denominação), pelos operadores portuários em face dos recintos alfandegados independentes, determinando a suspensão imediata da referida cobrança a partir da intimação do presente acórdão, sob pena de multa diária’. Essa decisão se baseou em grande medida no entendimento do Cade de que a cobrança da THC-2/SSE é ilegal por ofensa à ordem econômica e no acórdão ora recorrido deste Tribunal, fundado no qual a decisão judicial entendeu que o SSEa não existe e por isso seria indevida a cobrança do THC-2/SSE. Contudo, em vista do estado atual do

debate, é provável que essa decisão seja apenas mais um capítulo no histórico da matéria e que logo surjam decisões em sentido diverso.

7.7. Quanto aos tribunais, observam-se diversas decisões contrários e favoráveis à cobrança da THC-2/SSE. As decisões contrárias em geral se fundamentam em deliberações do Cade condenando os terminais portuários por ofensa à ordem econômica e/ou nesta decisão do TCU, ora recorrida. As decisões favoráveis em regra se fundam na competência da Antaq para regular o setor ou na efetiva existência da SSEa, justificando-se a cobrança da THC-2/SSE, vedado o enriquecimento sem causa.

7.8. Do exposto, no âmbito judicial, não se observa, ao contrário do alegado, uma prevalência da visão da Antaq, tampouco se pode afirmar que o fato de o STJ não haver até o momento avaliado a matéria pode ser tido como circunstância favorável à recorrente. Por outro lado, ainda que recente decisão do TRF-3 tenha proibido a cobrança do THC-2/SSE não há razão para supor que essa decisão constitua o desfecho da discussão.

8. Deferência do TCU ao mérito regulatório

8.1. A recorrente alega que:

a) a unidade técnica responsável por analisar o processo enfrentou as questões controvertidas a partir da análise dos fundamentos apresentados pelo denunciante, adotando, no caso, uma postura de deferência às competências institucionais conferidas por lei à Antaq para promover a regulação do setor e reconhecendo a legalidade da atuação da agência, ainda que com algumas recomendações; (peça 125, p. 15)

*b) exatamente por considerar que tal avaliação compete à Agência Reguladora, a área técnica da corte de contas não chegou a analisar a suposta ilegalidade em abstrato da cobrança do SSE, ou seja, se os serviços cobrados sob essa rubrica nos termos da regulação da Antaq têm fundamento fático e econômico próprios ou se confundem necessariamente com aqueles cobertos pelo chamado **box rate** e já repassados pelos armadores a título de THC; (peça 125, p. 15)*

c) a jurisprudência do próprio TCU consolidou-se no sentido da não intervenção em atividades finalísticas das agências reguladoras; trata-se de entendimento firmado inicialmente por ocasião do julgamento do Acórdão 1.703/2004, da relatoria do ministro Benjamin Zymler, que fixou balizas importantes a respeito da atuação deste Tribunal sobre o controle da regulação; (peça 125, p. 39-42)

d) em julgados mais recentes, este Tribunal tem mantido o entendimento no sentido de que não lhe compete intervir na discricionariedade técnica dos entes reguladores, na medida em que o exame dos atos regulatórios importaria no exercício de um controle de segunda ordem, e não na regulação propriamente dita (Acórdão 2302/12-Plenário, relator: Walton Rodrigues; Acórdão 210/2013-Plenário, relator: José Jorge; Acórdão 402/2013-Plenário, relator: Raimundo Carreiro; Acórdão TCU 2071/2015-Plenário, relator: Vital do Rêgo; Acórdão 2.121/2017-Plenário, relator: Bruno Dantas; (peça 125, p. 42-46)

e) nesse contexto, de acordo com o entendimento construído ao longo do tempo e sedimentado em sua jurisprudência, o TCU exerce, no campo regulatório, um controle de segunda ordem, que tem por objeto a atuação das agências reguladoras como ‘agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório’, e não o ‘próprio jogo regulatório em si mesmo considerado’; o controle de segunda ordem não permite ao TCU se substituir às agências reguladoras ou limitar os seus poderes; (peça 125, p. 46)

f) no presente caso, no entanto, este Tribunal anulou dispositivos atinentes ao mérito da atuação regulatória da Antaq, o que implica, em certa medida, exercício da própria regulação do setor pelo TCU; a opção pela ‘não regulação’, promovida pelo acórdão recorrido, acaba por constituir indevida interferência no modelo regulatório desenvolvido pela Antaq; (peça 125, p. 46-47)

g) ao adentrar o mérito de disposições regulatórias que tratam da cobrança da taxa relativa ao SSE, o voto do relator acabou substituindo o modelo regulatório atualmente existente por aquele que entendeu mais adequado, adentrando na esfera de competências do regulador, em

contraposição à própria jurisprudência sedimentada por este Tribunal ao longo do tempo; (peça 125, p. 47)

h) a intervenção levada a efeito pelo acórdão em reexame não se limitou a controlar a legalidade e os aspectos procedimentais do ato controlado, pois acabou por adentrar no próprio mérito da atuação regulatória da Antaq, em desprestígio à sua autonomia institucional e decisória e em contrariedade à própria jurisprudência sedimentada pela Corte de Contas ao longo dos últimos anos; (peça 125, p. 47)

i) nesse contexto, pugna-se pela reforma da decisão proferida, a fim de que seja resguardada a autonomia decisória da agência reguladora no caso em apreço, na linha da jurisprudência sedimentada por este Tribunal. (peça 125, p. 47)

Análise

8.2. Assiste razão à recorrente ao aduzir que a jurisprudência deste Tribunal privilegia um controle de segunda grau no trato com as agências reguladoras, o que não impede a atuação deste Tribunal em circunstâncias específicas:

- 'Não compete ao TCU decidir sobre a interpretação mais adequada a ser dada a legislação específica de setor regulado, mas sim à respectiva agência reguladora, desde que dentro dos limites da redação da norma, da razoabilidade, da motivação e das suas competências legais' (Acórdão 2090/2022-Plenário, relator: Bruno Dantas).

- 'A competência do TCU para fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras caracteriza-se como controle de segunda ordem, cabendo respeitar a discricionariedade das agências quanto à escolha da estratégia e das metodologias utilizadas para o alcance dos objetivos delineados. Isso não impede, todavia, que o TCU determine a adoção de medidas corretivas a ato praticado na esfera discricionária dessas entidades, quando houver violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, da economicidade e da modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos' (Acórdão 1166/2019-Plenário, relator: Augusto Nardes).

- 'A atuação do controle externo nas atividades finalísticas das agências reguladoras limita-se a fiscalização de segunda ordem, respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades, não cabendo ao TCU avaliar, em casos concretos específicos, a correção das normas editadas por entidades regulatórias' (Acórdão 2071/2015-Plenário, relator: Vital Do Rêgo).

- 'Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas' (Acórdão 2314/2014-Plenário, relator: José Jorge).

- 'A competência do TCU incide estritamente sobre a legalidade dos atos das agências reguladoras, excluindo-se a possibilidade de formulação de determinações sobre matéria técnica de competência delas' (Acórdão 2241/2013-Plenário, relator: José Mucio).

- 'A fiscalização do TCU sobre as agências reguladoras é de segunda ordem, cabendo a estas a fiscalização de primeira ordem, bem como as escolhas regulatórias, e ao TCU verificar se não houve ilegalidade ou irregularidade na atuação dessas autarquias especiais' (Acórdão 2302/2012-Plenário, relator: Raimundo Carreiro).

- 'O poder discricionário conferido aos administradores das agências reguladoras e de qualquer outro ente público não constitui fator impeditivo para o exercício das competências do TCU. O Tribunal só deve fazer determinações ou recomendações quando restar comprovada a ilegalidade para fins de determinação, e demonstrada a pertinência técnica das recomendações. Sempre caberá determinação quando configurada a prática de qualquer ilegalidade, seja ela realizada no escopo de um ato de caráter discricionário ou vinculado' (Acórdão 1201/2009-Plenário, relator: Aroldo Cedraz).

- 'Na fiscalização das atividades-fim das agências reguladoras, o TCU não deve substituir-se aos órgãos que controla, nem estabelecer o conteúdo do ato de competência do órgão regulador, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando verificar a ocorrência de ilegalidade

ou de omissão da autarquia no cumprimento das normas jurídicas pertinentes' (Acórdão 715/2008-Plenário, relator: Augusto Nardes).

- 'O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre a área-fim das agências reguladoras deve ser um controle de segunda ordem, vocacionado para exarar determinações apenas quando for constatada a prática de atos ilegais' (Acórdão 620/2008-Plenário, relator: Benjamin Zymler).

- 'O controle do TCU sobre os atos de regulação é de segunda ordem, na medida que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador. No caso de ato discricionário praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe ao TCU, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas. Não é suprimida a competência do Tribunal para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que viciado em seus requisitos, a exemplo da competência, da forma, da finalidade ou, ainda, inexistente o motivo determinante e declarado. Em tais hipóteses e se a irregularidade for grave, pode até mesmo determinar a anulação do ato' (Acórdão 602/2008-Plenário, relator: Benjamin Zymler).

8.3. No âmbito do Mandado de Segurança n. 38.673/DF impetrado no STF, em que se questionava a decisão ora recorrida, o TCU se manifestou nos seguintes termos, ao defender sua atuação no presente processo (peça 201):

27. Nos termos do art. 21, inciso XII, alínea 'f', da Constituição Federal de 1988, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres.

28. A Lei 12.815/2013, por sua vez, ao dispor sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, estabelece, no art. 1º, §§ 1º e 2º, que a exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizados ocorrerá mediante a concessão e arrendamento de bem público, enquanto as instalações portuárias localizadas fora do porto organizado serão exploradas mediante autorização.

29. Nesse sentido, estando devidamente caracterizado que o porto marítimo é bem público, sua exploração, direta ou indiretamente, está sob a jurisdição do TCU, haja vista o previsto nos arts. 70 e 71, incisos II e IV, da Constituição Federal c/c art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.443/1992.

*30. No exercício de suas competências, o TCU pode ainda, se verificada a ilegalidade de ato ou contrato, assinar prazo para a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, como ditado pelo **caput** do art. 45 da Lei 8.443/1992:*

*Art. 45. **Verificada a ilegalidade de ato ou contrato**, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.*

31. No caso específico, tem-se que a deliberação ora atacada foi prolatada em sede de denúncia, autuada e processada como previsto nos arts. 1º, inciso XVI, e 53 da Lei 8.443/1992.

(...)

*33. Quanto ao teor do acórdão combatido, é certo que decorreu da estrita análise sobre a **legalidade da cobrança dos Serviços de Segregação e de Entrega de Contêineres (SSE) nas operações de importação**. Como destacado nos votos que fundamentam o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, tal análise cotejou o arcabouço jurídico institucional ditado pelas Leis 10.233/2001, 12.815/2013, 12.529/2011, assim como os normativos emitidos pela Antaq, a saber, Resolução Antaq 2.389/2012, revista pela Resolução Antaq 34/2019, essa última atualizada pela Resolução Antaq 72/2022.*

*34. Não há, assim, que se falar em ingerência na política portuária e na discricionariedade do modelo regulatório estabelecido pela Antaq. **Ao contrário, a deliberação ora atacada é fruto de longo debate, em que a cobrança pelo SSE (THC-2) sempre foi questionada.***

*35. Nesse sentido, as análises empreendidas no âmbito da auditoria operacional sobre os principais gargalos para liberação de carga containerizada na importação nos portos marítimos da região Sudeste, **em que foi prolatado o Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário**, demonstraram*

que, apesar da Resolução Antaq 2.389/2012 ter legitimado a cobrança de valores a título de segregação e liberação de contêineres (SSE/THC-2), **a medida mostrou-se ineficaz na tentativa de uniformizar entendimento sobre a pertinência da cobrança, além de ter introduzido assimetria de conceito entre serviços que compõem operações de importação (aonde o SSE/THC-2 é cobrado) e de exportação (aonde o serviço não é cobrado).** A cobrança pelo SSE também foi considerada imprópria pela Secretaria de Atividades Econômicas do Ministério da Fazenda (Seae/MF) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), sendo que os debates nesse último órgão citado explicitaram a **'necessidade de regular a cobrança da SSE para dirimir o conflito entre operadores portuários e recintos alfandegados, os quais ressaltam a possibilidade de exercício de posição dominante pelos operadores portuários na formação dos preços exigidos a título de THC 2 (SSE) para liberação de contêineres'**.

36. Anteriormente, no âmbito do **TC 004.662/2014-8**, referente a denúncia sobre cobrança de tarifas no âmbito de arrendamento portuário sem homologação da Antaq e suposta omissão da Antaq na fiscalização e na regulação de armadores estrangeiros, muito embora o aspecto central dos autos fosse a respeito do THC, e não SSE (THC-2), **foram sinalizadas falhas na atuação regulatória da Antaq, como descrito no voto que fundamentou o Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.**

37. Dentre outros aspectos, restou demonstrado naquela ocasião que a Antaq não atuava no acompanhamento e estabelecimento dos preços máximos dos serviços executados pelos terminais arrendados, matéria inerente às autoridades portuárias. Disso resultou a constatação de que a permissão dada às empresas de navegação, pela Antaq, para cobrança do THC, sem o devido controle sobre o caráter ressarcitório da tarifa, exigido pela Resolução Antaq 2.389/2012, então vigente, **'comprometeu a fiscalização pela Agência da correção dos valores cobrados, o que ameaça um dos pilares da lei de concessão, a garantia da modicidade tarifária'**. A inexistência de estudos para atestar a modicidade tarifária afrontou o previsto nos arts. 20, inciso II, alínea 'a', e 28, Inciso I, da Lei 10.233/2001.

38. **O Acórdão 923/2019-TCU-Plenário, citado pela impetrante, deu provimento parcial a pedido de reexame interposto contra o citado Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário, que, como descrito, não cuida da 'mesmíssima' matéria agora em foco, como alegado.** Inverídica, assim, a tentativa da impetrante de desacreditar a atuação do TCU na fiscalização da agência reguladora e insinuar mudanças súbitas em suposto entendimento consolidado da Corte de Contas.

39. **O que se verifica é que, contrariamente ao alegado pela impetrante, as análises anteriores do TCU sobre a cobrança pelo Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE/THC-2) não a referendaram, mas expuseram todas as incoerências e lacunas existentes na especificação do serviço e remuneração, além de ponderar sobre a possível duplicidade de cobrança em relação ao THC.**

40. Observa-se, ainda, que **a posição privilegiada assumida pelos terminais molhados, enquanto operadores portuários, no estabelecimento dos preços a serem cobrados do importador sempre foi ressaltada, o que motivou determinações à agência reguladora para aprimorar as normas existentes e os procedimentos então adotados, como a seguir listado:**

Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário, integrado pelo Acórdão 923/2019-TCU-Plenário

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 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. 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;

Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq que:

9.1.1. elabore e publique as composições de custo dos serviços prestados pelos terminais portuários com o objetivo de balizar o exame de pertinência da THC 2 e de ocorrência de abuso em sua cobrança;

9.1.2. proceda à revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico-institucional estabelecido pela Lei 12.815/2013 e pela Lei 12.529/2011, com vistas a dar cumprimento a sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes, em obediência ao art. 20, inciso II, art. 27, incisos II e IV, da Lei 10.233/2001 e ao art. 2º, inciso II, do Decreto 4.122/2002;

9.1.3. no prazo de 30 (trinta) dias, remeta a este Tribunal plano de ação com cronograma de adoção das medidas necessárias ao atendimento da determinação prolatada nos subitens 9.1.1 e 9.1.2 desta deliberação, com designação dos responsáveis pelas medidas (nomes, números de CPF e cargos) e prazo para implementação das ações.

41. Perpassando as deliberações anteriores desta Corte de Contas, pode-se concluir que, assim como os demais órgãos envolvidos no acompanhamento e fiscalização da matéria, **o TCU nunca deixou de questionar a cobrança pelo SSE (THC-2) e de suscitar o aprimoramento do modelo regulatório aplicável.**

42. **Ao tempo em que buscou sempre resguardar a autonomia da Antaq, este Tribunal nunca descurou de exigir o estrito cumprimento das obrigações legais próprias da atividade regulatória, haja vista as competências atribuídas pela Constituição Federal.**

43. **Por isso, é inevitável compreender o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, ora combatido, como decorrência lógica dos achados e das providências anteriormente encaminhadas pelo TCU, não havendo que se falar em controle de 1ª ordem exercido pelo TCU, tratando-se em verdade de controle de 2ª ordem, de acordo com a própria jurisprudência dessa Corte de Contas.**

44. **Importante destacar, ainda, que o relator preside a instrução do processo nos termos do art. 11 da Lei 8.443/1992, com independência e formando seu juízo a partir dos elementos acostados aos autos. No caso específico, além da atuação independente do relator, pautada, na essência, pelas instruções técnicas, tem-se que a deliberação final, devidamente fundamentada, foi submetida e aprovada pelo Plenário do TCU.**

8.4. **Assiste razão à recorrente ao aduzir que a unidade técnica adotou postura de deferência ao mérito regulatório (relatório que acompanha a decisão recorrida, peça 115, p. 3):**

15. Não se realizará exame acerca das modificações trazidas na minuta de resolução da Antaq, mas tão somente se foram seguidos os ritos necessários para a edição da norma, pois a competência do TCU em relação à fiscalização das agências reguladoras é de segunda ordem, ou seja, não é competência desta Corte de Contas substituir-se à agência.

16. Nesse sentido, o Ministro Benjamin Zymler, em voto revisor proferido no Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário, reproduz voto da Ministra Ana Arraes no sentido de que 'o TCU não pode definir qual deve ser a solução do problema, mas deve exigir que o regulador defina soluções para problemas de sua competência'.

17. Com base nesse entendimento, serão analisados: a resposta de oitiva da Antaq, a manifestação adicional do denunciante, a resposta de oitiva apresentada pela Antaq no processo apenso TC 012.249/2019-0 (peça 59 a 62 daqueles autos), as manifestações adicionais do denunciante do TC 012.249/2019-0 (peças 33, 39 a 55, 66, 67 e 71 daqueles autos), o atendimento ou não aos requisitos necessários para a concessão das medidas cautelares pleiteadas pelo denunciante destes

autos e pelo denunciante do TC 012.249/2019-0 (Apenso) e a possibilidade de julgamento de mérito.

8.5. Com efeito, não é a primeira vez que este Tribunal trata do tema em questão, tendo já expedido outras vezes determinações à Antaq para que adequasse seus normativos aos comandos legais que regem a matéria. Nessas decisões, o Tribunal manteve o controle de segunda ordem, respeitando o espaço regulatório.

8.6. Não obstante, na decisão recorrida, este Tribunal identificou nos normativos expedidos pela Antaq violações ao ordenamento jurídico que precisariam ser coibidas. Contudo, ao fazer isso, este Tribunal acabou adentrando o mérito regulatório e substituindo o modelo regulatório existente.

8.7. De fato, as resoluções da Antaq procuraram regular uma situação altamente complexa decorrente da posição dominante dos terminais portuários e que ocasiona uma série de problemas concorrenciais.

8.8. Conforme voto proferido no âmbito do Cade, ‘a posição dominante do operador portuário decorre da própria dinâmica do setor portuário, tendo em vista a relação de dependência dos recintos alfandegados para com o terminal molhado’ (peça 236, p. 18, item 151). Assim, essa posição dominante dos terminais portuários frente aos RAI não decorreu da atuação da Antaq, nem de qualquer imposição dos terminais, mas resulta do fato de os terminais portuários e os RAI serem verticalmente integrados e do fato de o terminal ‘deter bem essencial para a atividade dos **players** a jusante da cadeia produtiva [RAI]’ (peça 236, p. 18, item 156).

8.9. O fato de o dono da carga não escolher o terminal ou operador portuário que vai receber a mercadoria, ou o fato de os RAI atuarem em mercado verticalizado e a jusante dos seus concorrentes no mercado de armazenagem, o fato de que a posição nesse mercado dos operadores portuários lhes dá poder de mercado e posição dominante, nada disso foi criado pela Antaq ou pelos terminais portuários; é um dado da questão e é o que causa toda a problemática.

8.10. A partir dessa situação de fato, os terminais portuários podem ou têm a capacidade de abusar do seu poder de mercado e é justamente essa situação que deve ser regulada, pela Antaq.

8.11. O potencial anticoncorrencial dessa situação já é suficiente para o Cade condenar os terminais, mas isso não resolve o problema, se se admitir que há um serviço adicional (SSEa) prestado pelos terminais portuários que merece ser remunerado (THC-2/SSE).

8.12. A recorrente aduz que o entendimento de que o agente com posição dominante poderia excluir ou impor barreiras à entrada de novos concorrentes tem sido superado por entendimento de áreas técnicas da Antaq e do Cade. Mas o certo é que o posicionamento atual do Cade é no sentido de considerar lícita em tese a cobrança da THC2/SSE, mas coibir tal cobrança em razão dos seus potenciais efeitos anticoncorrenciais. Não obstante isso, em voto preferido no âmbito do Cade aduziu-se que, ‘caso a Antaq efetivamente regule essa questão, encerra-se a competência deste Conselho (...), mas é necessário que haja uma regulação que torne o setor eficiente’ (peça 128, p. 109, p. 6).

8.13. O relator **a quo** entendeu que ‘a edição de resolução que permite a cobrança da SSE não se coaduna com as atribuições da Antaq definidas no art. 20, inciso II, alínea ‘b’, da Lei 10.233/2001’ (é objetivo da Antaq ‘regular... as atividades de prestação de serviços... com vistas a... harmonizar... objetivos [dos agentes], arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica’. Entretanto, da incapacidade ou dificuldade da Antaq em arbitrar os conflitos de interesses não se deduz a inexistência da SSEa ou a legitimidade da cobrança da THC-2/SSE).

8.14. O relator também afirma que a Resolução-Antaq n. 72/2022 ‘não está aderente ao que dispõe o art. 4º, inciso I, da Lei 13.874/2019’ (‘É dever da administração pública..., no exercício de regulamentação de norma pública..., evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente, criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes’). Contudo, o próprio dispositivo pressupõe o exercício da regulação, que no caso pertence à Antaq. A ineficiência da Antaq nesse mister não constitui razão para adotar entendimento que simplesmente suprime o objeto da regulação.

8.15. Ao entender que ‘não há respaldo legal para opção regulatória que instituiu a cobrança do THC2’ (peça 144, p. 16, item 120) e ao aduzir que ‘o recinto molhado [operador portuário] continuará a receber pela movimentação horizontal sem cobrança de SSE tal qual procede quando armazena e desembaraça a carga do importador (receitas oriundas da THC)’ e que o conseqüente ajuste de preços fará ‘com que o mercado se autorregule e os preços oscilem para a convergência de um estado ótimo em que a plena concorrência se estabelece’ (peça 114, p. 14-15, itens 107 e 109), o Tribunal está adotando uma opção regulatória (incorporar a cobrança da SSE no THC) colhida do relatório do SEAE (TC 015.453/2020-0, apenso, peça 87), opção essa cuja eventual adoção caberia à Antaq e com a qual a Antaq não concorda (peça 125, p. 25, item 48).

8.16. O relator **a quo** parte do pressuposto de que o SSE já está incluído no THC e por isso não haveria qualquer serviço adicional a ser remunerado. Mas se tal não for o caso, esse custo adicional que não mais poderá ser cobrado mediante a THC-2/SSE será incorporado ao custo total e encarecerá a operação como um todo (peça 125, p. 25, item 48; peça 131, p. 2 e 134).

8.17. De todo modo, a única entidade que de fato pode buscar um equilíbrio de interesses é a Antaq, por meio da regulação. Se a Antaq, por incapacidade ou dificuldade (devido à complexidade da matéria) não tem logrado obter esse equilíbrio, nem por isso se deve abandonar a alternativa regulatória, que é a única capaz de compor os interesses envolvidos. Por mais deficiente que tenha sido até agora a atuação da Antaq, não pode haver dúvida de que cabe a ela o papel de regular o mercado portuário e arbitrar os conflitos.

8.18. Ante o exposto, deve-se acolher a alegação e reconhecer que cabe à Antaq a escolha do modelo regulatório e a regulação dos conflitos daí advindos, ainda que não tenha sido muito eficiente no desempenho desse mister.

9. Desvio de finalidade

9.1. A Antaq alega que:

a) o entendimento sobre o risco de o agente econômico que detém posição dominante excluir os recintos alfandegados secos do mercado ou de criar barreiras à entrada de novos concorrentes tem sido superado por entendimentos de áreas técnicas da Antaq e do Cade; (peça 125, p. 47)

b) segundo o relator **a quo**, mesmo que introduzidos mecanismos eficientes para garantir que o serviço de SSE seja cobrado em valores justos e sem distorções, o ato deveria ser anulado por supostamente ter sido praticado com fim diverso do previsto em lei, ou seja, em desvio de finalidade; (peça 125, p. 47)

c) trata-se de argumento totalmente inédito nos autos, sendo que em todo o debate público acerca do tema não se havia registrado nenhum ator que sustentasse que a cobrança pelo SSE seria ilegal mesmo com mecanismos eficientes para estabelecer um preço justo e sem distorções, pois todo o debate até então girava em torno de se era possível chegar a essa avaliação, e como fazer isso; (peça 125, p. 47)

d) o apontado desvio de finalidade não contou com fundamentação adequada, mesmo se tratando de imputação extremamente gravosa; (peça 125, p. 48)

e) à luz da legislação brasileira, o desvio de finalidade ou desvio de poder se verifica quando o agente público pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (artigo 2º, parágrafo único, alínea ‘e’, da Lei 4.717/1965 – Lei de Ação Popular); (peça 125, p. 48)

f) no presente caso, não foram apontados quaisquer elementos objetivos ou subjetivos que apontem para a conclusão de que, na edição da Resolução 72/2022, a Antaq teria praticado o ato para favorecer interesses alheios ao interesse público ou com a finalidade de causar desequilíbrio concorrencial no mercado; (peça 125, p. 49)

g) a aferição da prática do ato em desacordo com o interesse público deve revestir-se de elementos probatórios mínimos que indiquem concretamente as circunstâncias específicas que nortearam a edição do ato, e não dispensa a adequada fundamentação em torno dos elementos que

conduziram o julgador ao entendimento de que o ato foi praticado em desacordo com a finalidade pública; (peça 125, p. 49)

h) a cobrança do THC-2/SSE é anterior à regulação da Antaq; e a norma regulatória vinha evoluindo, inclusive em cumprimento a decisões anteriores deste Tribunal, para estabelecer critérios voltados ao controle da abusividade na cobrança, não havendo que se falar em tutela de interesse privado de quem quer que seja; (peça 125, p. 50)

i) não há qualquer elemento concreto no processo que revele a ausência de interesse público na normatização empreendida pela agência reguladora, tampouco parâmetros para se identificar qualquer privilégio a interesses particulares no caso em apreço; a norma regulatória da Antaq, ao contrário, buscou justamente contemplar medidas voltadas a coibir, em atenção ao interesse público, práticas potencialmente abusivas por ocasião da cobrança de valores relativos à THC-2/SSE; (peça 125, p. 50)

j) para justificar o suposto desvio de finalidade, o voto condutor do acórdão acaba por atrelá-lo ao debate concorrencial; cita o artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019 (que dispõe sobre o favorecimento, na regulação, de grupo econômico ou profissional em prejuízo dos demais concorrentes); (peça 125, p. 50)

k) no entanto, em momento algum a fundamentação adotada conseguiu demonstrar a finalidade diversa que teria norteadado a edição da norma regulatória, tampouco o interesse privado que seria supostamente tutelado pela atuação da Antaq; (peça 125, p. 50)

l) ainda que se entenda que de fato a opção regulatória adotada pela Antaq não é a melhor, e ainda que o TCU pudesse substituir tal entendimento pelo seu próprio, por força de uma determinação em sede de fiscalização de contas, estaríamos tratando de uma mera divergência de entendimentos seguida da anulação de ato normativo; (peça 125, p. 50)

m) isso não seria nem de longe suficiente, contudo, para caracterizar um ato em desvio de finalidade, se não há qualquer prova ou mesmo indício de busca de fins diversos dos estabelecidos em lei, ocultos ou particulares por parte da Antaq; (peça 125, p. 50)

n) trata-se de tema altamente controvertido, em que existem posicionamentos divergentes em praticamente todas as esferas em que foi debatido; neste recurso listou-se manifestações favoráveis da Superintendência de Regulação da Antaq, e suas respectivas áreas técnicas vinculadas; da Diretoria Colegiada da Antaq, ao longo de várias composições; do Departamento de Estudos Econômicos do Cade; da Superintendência-Geral do Cade; Tribunais de Justiça de São Paulo e de Santa Catarina; Tribunais Regionais Federais da 1ª e 3ª Regiões e, em certa medida, o Superior Tribunal de Justiça (STJ); e da unidade técnica do próprio TCU, no relatório que acompanha a decisão recorrida, quando encaminhou pela legalidade de seu procedimento, ainda que com algumas recomendações; (peça 125, p. 51)

o) não é sequer verossímil imaginar que todas as autoridades públicas envolvidas nas decisões acima listadas, de múltiplas instituições, estivessem coordenadas para a busca de um fim particular ou distinto do previsto em lei, conforme as definições doutrinárias citadas e amplamente adotadas; (peça 125, p. 51)

p) o acórdão recorrido merece reforma, portanto: a) porque a fundamentação adotada carece de elementos hábeis a demonstrar o alegado desvio de finalidade; e b) porque não há ato em desvirtuamento à finalidade pública, tendo em vista que a norma regulatória promove o controle da abusividade eventualmente praticada no mercado. (peça 125, p. 52)

Análise

9.2. Ao justificar o desvio de finalidade, o voto condutor aduziu que, 'mesmo que a AIR contenha mecanismos eficientes para avaliar o preço justo e evitar distorções, ainda assim persistirá o desvio de finalidade do ato de expedição de resolução que permite a cobrança de tal valor, porquanto foi praticado com um fim diverso do previsto em lei' (peça 114, p. 15, item 116). Mas não fica claro no voto qual seria esse 'fim diverso'.

9.3. Em seguida, o voto condutor recordou entendimento deste Tribunal (Acórdão-TCU 1756/2004-Plenário) segundo o qual se, na expedição de ato discricionário (no caso, a Resolução-Antaq n. 72/2022), ‘estiver configurado desvio de finalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão’ (peça 114, p. 16, item 119), o que fundamentaria a anulação parcial da Resolução-Antaq n. 72/2022 por este Tribunal.

9.4. Dos termos do voto, pode-se presumir que a norma tenha sido editada com o fim de ‘impor poder de mercado’ dos terminais portuários aos RAI (peça 144, p. 14, item 103) ou possibilitar ‘o operador portuário aumentar os custos de seu concorrente (RAI), custos estes que serão repassados ao dono da carga, sempre que o terminal não for ‘escolhido’ para receber pela armazenagem’ (peça 144, p. 11, item 78), ou ainda possibilitar ‘que um player eleve artificialmente os preços dos seus concorrentes e ainda traga prejuízos à cadeia produtiva nacional’ (peça 144, p. 11, item 84); ou ainda, como alega a recorrente, ‘para favorecer interesses alheios ao interesse público ou com a finalidade de causar desequilíbrio concorrencial no mercado’. No entanto, nenhuma dessas situações resta caracterizada.

9.5. Assiste razão à recorrente ao aduzir que divergência de entendimentos não pode ser caracterizada como desvio de finalidade. A matéria envolve múltiplos e vultosos interesses, e qualquer decisão que se tome, seja no Cade, no TCU e no Poder Judiciário, necessariamente pende a balança para um ou outro lado. Se a norma que permite a cobrança da THC-2/SSE pode ser entendida como editada com desvio de finalidade, então também deveriam ser assim entendidas as diversas decisões judiciais que conhecem a prestação do SSEa e permitem a cobrança do THC-2/SSE.

9.6. Ante o exposto, deve-se acolher a alegação, para efeito de reconhecer que o apontado desvio de finalidade registrado na decisão recorrida não está devidamente caracterizado.

10. Devido processo legal e ampla defesa

10.1. A recorrente alega que:

a) em momento algum a Antaq foi instada a se manifestar nos autos sobre os efeitos concorrenciais concernentes ao mérito propriamente dito da regulação empreendida, até porque as denúncias e oitivas giraram em torno de questões formais relacionadas ao procedimento de elaboração da norma regulatória e ao caráter vinculante de decisão proferida pelo Cade em processo específico julgado pela autoridade antitruste; (peça 125, p. 54)

b) no entanto, por ocasião do julgamento, o objeto da análise deixou de compreender apenas os aspectos formais para estender-se sobre o próprio mérito regulatório de se permitir e regulamentar a cobrança da SSE, bem como sobre aspectos concorrenciais atinentes às relações jurídicas estabelecidas pelos agentes econômicos do mercado, além da suposta ocorrência de desvio de finalidade na edição do ato regulatório; (peça 125, p. 55)

c) a Antaq deveria pelo menos ter sido chamada a se manifestar sobre tais aspectos no processo, em prestígio aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa; (peça 125, p. 55)

d) nesse ponto, vale ressaltar a aplicação, por força do que dispõe o artigo 298 do Regimento Interno dessa Corte de Contas, do disposto no artigo 10 do CPC aos processos em tramitação no âmbito do TCU (‘O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício’); (peça 125, p. 55)

e) a incursão no mérito da norma regulatória sem a oitiva prévia da Antaq afronta o exercício da defesa, deixando de considerar e enfrentar os argumentos que seriam apresentados pela agência reguladora antes da prolação da decisão; (peça 125, p. 55)

f) a deliberação adotada também não contou com análises e conclusões da unidade técnica do TCU, parte essencial das decisões do Tribunal, conforme disposto no artigo 1º, § 3º, inciso I, da Lei 8.443/1992 e o artigo 156 do Regimento Interno/TCU; (peça 125, p. 56)

g) assim, o ponto principal da deliberação recorrida, que culminou com a anulação de dispositivos da Resolução-Antaq n. 72/2020, não contou com análises e conclusões da unidade técnica, razão pela qual deveria ter havido o sobrestamento do julgamento para diligências; (peça 125, p. 56)

h) o prosseguimento do julgamento, avançando em matéria que não foi objeto da etapa de instrução originária nem sobrestamento para complementação da instrução, caracteriza outra afronta ao devido processo legal; (peça 125, p. 57)

i) por não haver o aprofundado do exame da unidade técnica sobre os aspectos técnicos, a decisão proferida careceu do aprofundamento técnico que matéria dessa monta requer. (peça 125, p. 57)

Análise

10.2. Não procede a alegação de que a ausência no relatório que acompanha a decisão recorrida de pronunciamento específico da unidade técnica sobre o mérito da decisão constituiria nulidade ou irregularidade, porquanto os fundamentos da decisão foram declinados no seu voto condutor.

10.3. Ademais, mesmo que constasse manifestação da unidade técnica sobre o ponto, no âmbito deste Tribunal o ministro 'tampouco está obrigado a examinar todas as considerações da unidade técnica e do **Parquet**, cujos entendimentos e argumentos, em que pese a costumeira qualidade de seu conteúdo, servem para fornecer subsídios e não vinculam a formação da convicção por este Tribunal' (Acórdão 1561/2017-Plenário, relator: José Mucio), de modo que 'a instrução da unidade técnica não vincula o posicionamento do relator, podendo este divergir do encaminhamento sugerido por aquela, desde que fundamente sua decisão' (Acórdão 2100/2010-2ª Câmara, relator: Benjamin Zymler).

10.4. Quanto à aplicação do CPC nos processos que tramitam neste Tribunal, tem-se que 'as normas processuais previstas na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) e em seu Regimento Interno estabelecem rito processual próprio, no qual a aplicação do Código de Processo Civil se dá apenas de maneira analógica e subsidiária na falta de normas legais e regimentais específicas' (Acórdão 1902/2020-Plenário, relator: Ana Arraes).

10.5. Assiste razão à recorrente ao aduzir que não houve sua oitiva sobre o ponto mais controvertido da decisão recorrida. A denúncia levou em conta fundamentalmente as considerações da denunciante no sentido de que a Resolução-Antaq n. 34/2019 referendaria 'posição anticoncorrencial que atribui posição dominante econômica dos operadores portuários na concorrência com os recintos alfandegados [RAI]' e que a resolução permitiria infrações à ordem econômica, 'ao permitir, com a prática de cobrança de [THC-2/SSE], que agente econômico (terminais portuários) exerçam seu poder de mercado de forma abusiva' (voto, peça 114, p. 6, itens 42-44). A Antaq não teve oportunidade de se manifestar sobre esse ponto.

10.6. Por outro lado, não se nega a este Tribunal a possibilidade de adotar medida cautelar fundada em receio de grave lesão ao interesse público (voto, peça 114, p. 12, item 84). Nesse sentido foi a manifestação deste Tribunal perante o STF no MS 38.673/DF, que versava sobre essa mesma decisão recorrida (peça 201):

47. O TCU pode expedir medidas cautelares em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou ao interesse público ou para garantir a efetividade de suas decisões. Nesse mister, é desnecessária, inclusive, oitiva prévia da parte ou interessados.

48. A atuação cautelar do Tribunal: (i) permite obstrução da ocorrência e eventual recomposição, ainda na execução do contrato, de vultosos prejuízos ao erário decorrentes de sobrepreços, de superfaturamentos ou de quaisquer atos de gestão irregulares (ii) tem amparo no art. 276 de seu Regimento Interno e (iii) deita raízes na chamada teoria dos poderes implícitos.

49. O Superior Tribunal de Justiça, alinhado ao entendimento dos Tribunais Superiores, já decidiu que os Tribunais de Contas, no uso dos poderes implícitos a suas prerrogativas constitucionais, podem expedir medidas cautelares para dar efetividade a suas decisões e prevenir lesão ao erário:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OPERAÇÃO LAVA JATO. ESTÁDIO MARACANÃ. CONSTRUTORA. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CAUTELAR. RETENÇÃO DE CRÉDITO. LEGITIMIDADE. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. HISTÓRICO DA DEMANDA.

1. Cuida-se de inconformismo de construtora investigada pela Operação Lava Jato na reforma do Estádio Maracanã, com o indeferimento de Mandado de Segurança que objetivava a anulação de item de acórdão proferido pelo Tribunal de Contas estadual que determinou o bloqueio do valor de R\$ 198.534.948,80 devido à recorrente pelo Estado do Rio de Janeiro.

(...)

LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RJ PARA DETERMINAR A PRESENTE MEDIDA CAUTELAR

12. Quando a Corte de Contas se vale do poder geral de cautela, isso não implica substituição da função jurisdicional. Constitui-se, em verdade, no instrumento que se destina a conferir eficácia final às manifestações estatais e encontra-se em consonância com a própria razão de existir daquele órgão, a fim de zelar pelos interesses do Erário estadual.

13. O STF já reconheceu a atribuição de poderes explícitos e implícitos ao Tribunal de Contas para legitimar a incumbência de índole cautelar que permite à mesma Corte adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências estabelecidas nos artigos 33, § 2º, 70, 71, 72, § 1º, 74, § 2º, e 161, parágrafo único, todos da Constituição Federal de 1988. (MS 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19/11/2003; Ministro Luiz Fux MS 30.924; MS 33.092, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Processo eletrônico DJE-160, Publicado 17/8/2015; MS 25.481-AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Data de julgamento 4/10/2011).

(...)

16. O STF, em caso similar, entendeu que os Tribunais de Contas têm atribuição para determinar a retenção de valores, cautelarmente, como no julgamento do MS 30.924, Rel. Min. Luiz Fux, data de julgamento 20/10/2011. PRINCÍPIO DA SIMETRIA 17. O art. 75 da CF/1988 determina explicitamente que o mesmo formato do TCU também deve ser aplicado, no que couber, aos Tribunais de Contas no âmbito estadual e no municipal. 18. No tocante ao TCE/RJ, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro assim estabelece quanto à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, in verbis: 'Art. 122 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e das entidades da Administração Direta e Indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais o Estado responda ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária. Art. 123 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: VII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, dentre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário'.

19. Logo, com respaldo no princípio da simetria entre as instituições, é patente a competência legal da Corte de Contas estadual para adotar a presente Medida Cautelar, precatando-se contra possível indisponibilidade de bens, com a finalidade de garantir o ressarcimento ao Erário dos danos em apuração em contratos firmados com o poder público. PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO EM DETRIMENTO DO INTERESSE IMEDIATO DO PARTICULAR DE RECEBER SUPOSTOS CRÉDITOS 20. O aspecto que se sobreleva é que a índole acautelatória da ordem de retenção, aliada à também já enfatizada primazia do interesse público, aponta para a necessidade de se velar pela máxima aptidão da medida para garantir a preservação do Erário, razão pela qual deve ela abarcar numerário bastante para assegurar o atingimento desse desiderato. 21. Ilegal e irresponsável repassar verbas públicas a empreendimento em que há forte denúncia de desvio. Ora, consta do processo administrativo do TCE-RJ e do Pacto de Leniência a existência de irregularidades na execução do contrato das obras do complexo do Maracanã.

22. *Recurso Ordinário não provido. (grifamos - RMS 59.078/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 18/10/2019)*

CONSTITUCIONAL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE CONTRATOS - LEGALIDADE - INTERPRETAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA A PARTIR DA CF - PRINCÍPIO DA SIMETRIA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRERROGATIVAS DO TRIBUNAL DE CONTAS - FISCALIZAÇÃO - EFETIVIDADE DAS DECISÕES - PREVENÇÃO DE LESÃO AO ERÁRIO - VALIDADE DE MEDIDAS CAUTELARES.

1. *À luz do princípio da simetria, a Constituição do Mato Grosso seguiu o padrão da tripartição dos poderes, reproduzindo as disposições da Constituição Federal sobre a organização e o relacionamento entre o Judiciário, Legislativo e o Executivo, especialmente quanto ao Tribunal de Contas Estadual, conforme o art. 75 da Constituição Federal.*

2. ***Para dar efetividade às suas decisões e prevenir lesão ao erário, os Tribunais de Contas podem valer-se dos poderes implícitos às suas prerrogativas constitucionais. Assim, embora não expressamente previstas, são necessárias e válidas as medidas cautelares (Precedentes do STF: MS 23550, e MS 24510).***

3. *O Tribunal de Contas Estadual agiu, em caráter acautelatório, de acordo com a Constituição Federal (art. 71, IX) e a Constituição Estadual (art. 47, X), ao assinar prazo para que o Executivo (Secretaria de Estado de Saúde) adotasse as providências necessárias ao cumprimento da lei, diante de indícios de ilegalidade.*

4. *Recurso ordinário não provido. (grifamos - RMS 26.978/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009)*

50. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança 24.510, reconheceu que o TCU detém poderes para sustar o pagamento de vantagens indevidas à custa do erário federal (incisos IX e X do art. 71 da Constituição Federal e Lei 8.443/1992, art. 45), tanto em sede cautelar quando na seara meritória:*

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

1- *Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.*

2- ***Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.***

3- *A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.*

4- *Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (grifamos - MS 24510, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004)*

51. *Em recente decisão, a 2ª turma do STF, denegou a segurança no MS 33.092 nos seguintes termos:*

Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada. (grifamos - MS 33092, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 24/03/2015)

52. ***Assim, o STF reconheceu o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União, inclusive sem oitiva prévia do interessado. Portanto, em obediência aos princípios norteadores da Administração Pública e dadas as relevantes atribuições que lhe foram conferidas pela Lei Fundamental, deve-se reconhecer à Corte de Contas o poder-dever de determinar cautelarmente a suspensão de todo e qualquer procedimento em que haja suspeita de ofensa às normas***

reguladoras da matéria, com conseqüente risco de lesão ao Erário ou ao interesse público, como no caso em concreto, conforme devidamente fundamentado no acórdão atacado.

53. *Quanto à alegação da impetrante de violação à Sumula Vinculante nº 3 pelo TCU ao não promover o contraditório das empresas eventualmente atingidas pela revogação da norma que garante a cobrança pelo SSE(THC2), há que se observar que o caso não exige a aplicação da mencionada súmula vinculante.*

54. *Inicialmente, o caso concreto não trata de determinação de anulação ou revogação de ato que beneficie a impetrante ou suas substituídas, como estabelece a literalidade do texto da mencionada súmula:*

*Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar **anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado**, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.*

55. *Ademais, quando se trata de processos de fiscalização e há grande número de interessados ou em situações em que não se examinam situações individuais, o STF tem decidido que o contraditório perante o TCU é estabelecido com o órgão responsável pelo ato.*

56. *Quando do julgamento do MS 34.238/DF, o STF afastou a necessidade de contraditório de servidores do Ministério da Saúde eventualmente atingidos pelo Acórdão 6.959/2015-1ª Câmara: DIREITO ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO DA SAÚDE QUE DETERMINOU A ADEQUAÇÃO DE PENSÕES AO ARTIGO 15 DA LEI Nº 10.887/2004. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.*

1. *Nos procedimentos de fiscalização instaurados perante o TCU, a relação é estabelecida entre a Corte de Contas e a Administração Pública. De acordo com a jurisprudência do STF, diante do caráter geral, impessoal e abstrato dos procedimentos fiscalizatórios, não há necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa em relação às pessoas indiretamente interessadas, devendo-se respeitar tais garantias apenas junto ao órgão fiscalizado.*

2. *Além disso, não há que se falar em violação à segurança jurídica, pois a determinação do TCU não atinge diretamente a esfera jurídica da impetrante. Eventual violação ao contraditório, à ampla defesa, à segurança jurídica e à irredutibilidade de vencimentos deve ser verificada no âmbito do ato concreto do Ministério da Saúde, que, acolhendo as recomendações do TCU, determinou a redução do valor da pensão da impetrante. No entanto, nos termos no artigo 105, I, b, da Constituição, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar os mandados de segurança impetrados contra ato de Ministros de Estado.*

3. *Segurança denegada. (MS 34.238/DF, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, 1ª Turma, julgado em 15/08/2007)*

57. *No mesmo sentido, no julgamento do Agravo Regimental no MS 32.492/DF, o STF afastou a necessidade de contraditório de servidores do Senado Federal eventualmente atingidos por determinação do TCU, tendo em vista que as deliberações do Tribunal de Contas da União, em sede de procedimento fiscalizatório, prescindem de observância aos postulados do contraditório e da ampla defesa, eis que inexistem litigantes:*

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TETO CONSTITUCIONAL. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE Nº 3 E AOS POSTULADOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VERBAS INDENIZATÓRIAS A SEREM EXCLUÍDAS DO ABATE-TETO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS NÃO CARACTERIZADAS. ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES. SUBSERVIÊNCIA AO TETO REMUNERATÓRIO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. *O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as deliberações do Tribunal de Contas da União, em sede de procedimento fiscalizatório, prescindem de observância aos postulados do contraditório e da ampla defesa, eis que inexistem litigantes. Ausência de precedentes.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71657827. Impresso por: 048.278.911-50 - POLLYANE DA SILVA SOARES Em: 26/09/2022 - 16:57:31 72255744. TC/CONJUR 015.986/2022-5 – Mandado de Segurança 38.673 19

(...)

5. Agravo interno não provido. (Ag.Reg.MS 32.492/DF, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, 2ª Turma, julgado em 17/11/2017)

58. No caso concreto, e nos demais processos fiscalizatórios acima mencionados, sempre houve a oitiva da Antaq. Assim, não há que se falar em violação à Súmula Vinculante nº 3 quando da prolação do acórdão ora combatido.

59. Por fim, há que se destacar que o processo fiscalizatório está na fase recursal, uma vez que a Antaq interpôs Pedido de Reexame. Assim, as empresas eventualmente interessadas podem pedir para intervir no processo na qualidade de **amicus curiae**.

10.7. Assim, ainda que a Antaq pudesse ou devesse ser ouvida previamente quanto ao mérito da decisão, o STF reconhece aos tribunais de contas poder geral de cautela e a possibilidade de adotar medida cautelar fundada em receio de grave lesão ao interesse público, que foi o entendimento deste Tribunal no caso.

10.8. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

11. Consequências práticas da decisão

11.1. A recorrente alega que:

a) a invalidação dos atos regulatórios da Antaq merece ser reexaminada também por não se ater às consequências práticas da decisão proferida, conforme dispõe o art. 20 da LINDB; é necessário que a Corte de Contas considere também as consequências práticas da decisão adotada; (peça 125, p. 58)

b) o acórdão recorrido não logrou demonstrar a necessidade e adequação da invalidação do modelo regulatório adotado pela Antaq, tampouco a consistência da opção adotada pelo TCU em torno da não regulação da matéria; (peça 125, p. 58)

c) o acórdão recorrido promove a substituição do modelo regulatório que coíbe a prática de abusividade por um modelo de lacuna normativa que lança dúvidas e incertezas sobre o mercado e gera insegurança quanto à observância do marco legal vigente e ao respeito à autonomia regulatória da Antaq; (peça 125, p. 58)

d) o acórdão recorrido não examinou com profundidade a necessidade e adequação da drástica medida de anulação da regulação da Antaq, muito menos avaliou possíveis alternativas, mesmo diante do fato de que tais alternativas (regulação da abusividade e coordenação com o Cade) já se encontravam em andamento, e podem acabar interrompidas com a manutenção do acórdão recorrido; (peça 125, p. 58)

e) a decisão recorrida merece ser reformada porque não se ateu às consequências práticas da determinação de nulidade da norma regulatória, especialmente quanto aos danosos efeitos potencialmente advindos da 'não regulação' da matéria, uma vez que a cobrança da tarifa é anterior à edição da norma regulatória invalidada e se criou um vazio normativo quanto à definição dos mecanismos de combate à abusividade no setor; (peça 125, p. 58)

f) sequer os impactos nos contratos de arrendamentos portuários de contêineres foram avaliados, uma vez que as receitas com cobranças de SSE são consideradas nas receitas dos arrendatários nos estudos de viabilidade técnica e econômica utilizados para os processos licitatórios, assim como para os pedidos de renovação antecipada ou prorrogação ordinária de contratos; (peça 125, p. 59)

g) portanto, poderá haver pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro em virtude da deliberação prolatada. A respeito, a Agência ainda está levantando os possíveis impactos decorrentes do acórdão recorrido; (peça 125, p. 59)

h) a medida cautelar concedida mediante a decisão recorrida não se mostra adequada nem necessária diante do contexto fático e jurídico apresentado; (peça 125, p. 59)

i) a plausibilidade do direito invocado resulta dos fundamentos das razões recursais, as quais demonstram que a regulação empreendida pela Antaq não importa em violação à ordem econômica e tampouco cria incentivos à prática de atos anticoncorrenciais por agentes de mercado; (peça 125, p. 59)

j) a medida cautelar foi proferida sem a apreciação das razões que somente agora puderam ser trazidas à apreciação deste Tribunal, porquanto a recorrente que não teve oportunidade de apresentar fundamentos para o seu indeferimento à luz dos novos rumos tomados pela discussão em plenário; (peça 125, p. 59)

k) com isso, podemos vislumbrar graves ofensas (i) à ordem pública administrativa, com uma agência reguladora premida a coibir determinadas práticas potencialmente abusivas, porém tolhida de seu instrumental regulatório para tanto; e (ii) também à ordem econômica do setor portuário, com nova rodada de disputas judiciais por provimentos liminares e intensos desequilíbrios entre agentes econômicos a depender da obtenção ou não de liminares e de sua extensão. (peça 125, p. 60)

Análise

11.2. O relator **a quo** afastou eventuais alegações de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro (peça 114, p. 15):

108. Quanto à eventual necessidade de reequilíbrio de contratos de arrendamento, estes somente acontecem quando se comprova efetivamente que as receitas estimadas no estudo de viabilidade que compõem o fluxo de caixa estão se realizando em valor inferior ao projetado, situação peculiar e de baixa probabilidade de ocorrência em função da metodologia adotada nas estimativas.

109. De outro modo, se não houver um ajuste de preços para incrementar a competitividade, o operador provavelmente perderá fatia na armazenagem das cargas para o recinto seco. Essa possibilidade faz com que o mercado se autorregule e os preços oscilem para a convergência de um estado ótimo em que a plena concorrência se estabelece.

110. Nessa situação, os rivais não apenas apresentam preços mais aderentes à natureza dos serviços, como também incrementam automaticamente a qualidade dos serviços prestados.

11.3. No entanto, assiste razão à recorrente quando aduz que a decisão recorrida substituiu alguma regulação por regulação alguma. Há notícia nos autos de que, pouco tempo após a prolação do acórdão recorrido, pelo menos quatro operadores portuários obtiveram tutela de urgência junto ao TRF-4, permitindo-lhes 'a continuidade das cobranças relacionadas ao Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres [THC-2/SSE]' (peças 154, 159, 191-192; e peça 193, p. 58-63), em razão da ausência de publicidade do processo no TCU, malgrado o elevado interesse público ('conforme reconhecido pelo ministro Bruno Dantas em sua declaração de voto') e no **periculum in mora** decorrente da perda de receita da impetrante. Desse modo, 'os serviços continuarão a ser prestados, e, sem a concessão desta tutela, não serão por ora remunerados, realidade esta que não poderá ser reestabelecida posteriormente. Assim, diante do evidente sigilo imposto e da ausência de participação dos envolvidos, entendo ser necessário que a realidade previamente seja mantida, logo, a cobrança pelos serviços prestados mantida, até que um melhor e mais profundo debate seja realizado nestes autos' (peça 155).

11.4. Assim, ao negar a existência da SSEa e coibir a cobrança da THC-2/SSE, este Tribunal impediu qualquer atuação da Antaq, muito embora a cobrança tenha sido permitida por decisões judiciais. Então, nesses casos tem-se uma situação pior do que a que existia, porquanto a Antaq se vê impedida de fiscalizar a abusividade de tais cobranças, assistindo razão à recorrente ao aduzir que a decisão recorrida 'criou um vazio normativo quanto à definição dos mecanismos de combate à abusividade no setor'.

11.5. Não obstante tenha sido trazido ao conhecimento deste Tribunal recente julgado da 4ª Turma do TRF-3, que declarou a ilegalidade da cobrança da THC-2/SSE e sua imediata suspensão (peça 333), não se pode ter essa decisão como definitiva e palavra final no debate, sendo de se esperar que decisões judiciais em sentidos opostos continuem a se suceder.

11.6. No âmbito do Cade, foi proferido voto no seguinte sentido (peça 237, p. 15):

94. A título exemplificativo, cumpre notar que uma norma futura [da Antaq] prevendo a cobrança de SSE e impondo tal cobrança ao Armador resolveria em definitivo o problema, até porque, tanto a sua cobrança ao Armador, quanto ao Recinto Alfandegado, em última análise serão suportadas pelo Importador, que é quem remunerará indiretamente o Operador Portuário por este serviço.

Essa seria a regulação ideal sob o ponto de vista concorrencial, pois não daria azo a exercício de poder de mercado, uma vez que os Operadores Portuários não têm incentivo e nem capacidade de impor preços abusivos aos Armadores.

95. Outra possibilidade, também legítima do ponto de vista regulatório e também concorrencial, embora não desejável, seria a Antaq autorizar o SSE e defini-lo como serviço obrigatório a ser prestado indistintamente pelo Operador Portuário a todo e qualquer Recinto Alfandegado, sendo ele remunerado por tarifa fixada pela própria Agência, ou, ainda, em limite por ela fixado previamente. Nessa situação, parece-me também haver espaço para a subsistência da referida taxa sem o vício apontado pela jurisprudência do CADE, ante a sua impositividade normativa. Por óbvio, outras hipóteses legítimas podem ser cogitadas, sendo essa análise apenas ilustrativa a esse respeito.

11.7. Note-se que ambas as hipóteses pressupõem a atuação da Antaq, que atualmente é obstada pela decisão recorrida, que limita a Antaq em seu papel regulatório e fiscalizatório

11.8. Em outro julgado, em 2021, o presidente do Cade em seu voto aduziu (peça 128, p. 109, p. 6):

6. Do ponto de vista concorrencial, esse é o posicionamento do Cade. Contudo, caso a Antaq efetivamente regule essa questão, encerra-se a competência deste Conselho. Não vejo qualquer óbice nesse sentido, mas é necessário que haja uma regulação que torne o setor eficiente. Inclusive entendo que essa medida seria muito apropriada, visto que a insegurança jurídica que temos observado está gerando efeitos muito deletérios para o setor, elevando o chamado 'Custo-Brasil'. Então, faço questão de reforçar que não há qualquer óbice que a concorrência seja afastada, integralmente ou parcialmente, se a regulação aparentemente gerar resultados superiores, mas isso depende de uma análise de impacto regulatório e uma atuação efetiva do regulador. (g.n.)

11.9. Também nesse caso a atuação da Antaq é vista como necessária a uma eventual regulação eficiente do setor. No entanto, conforme alegado, a decisão recorrida, ao afirmar a inexistência do SSEa, suprimiu o objeto das negociações que vinham sendo feitas entre Cade e Antaq.

11.10. Em suma, assim como não pode ser outra a posição do Cade senão a de coibir a THC-2/SSE por seus potenciais efeitos lesivos à ordem econômica, é natural que a Antaq defenda a continuidade da cobrança da THC-2/SSE, pois somente assim pode ela continuar atuando em direção à regulação ideal do setor e em particular da SSEa. A supressão pura e simples da THC-2/SSE impede a atuação da Antaq, o que, associado à liberação da cobrança por decisões judiciais, acaba por deixar a situação ainda pior para os RAI, que ficam ainda mais à mercê dos terminais portuários.

11.11. Assim, embora a decisão recorrida tenha na prática obstado a regulação, o melhor caminho é permitir que a Antaq continue atuando em busca da regulação ideal que componha da melhor forma os interesses de ambos os lados da questão.

CONCLUSÃO

12. Do exame, é possível concluir que:

a) a SSEa existe e justifica a cobrança da THC-2/SSE, a qual deve ter sua cobrança suspensa até que a Antaq expeça regulamento que inclua (i) metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE para apuração de denúncias; e (ii) procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário (item 5);

b) as posições de Cade e Antaq convergem no sentido da licitude em tese da cobrança da THC-2/SSE e da necessidade de análise dos casos concretos para verificar a efetiva abusividade, o que ensejou a celebração de memorando de entendimentos entre as duas entidades ao (item 6);

c) ao contrário do alegado, não se observa no âmbito judicial uma prevalência da visão da Antaq, tampouco se pode afirmar que o fato de o STJ não haver até o momento avaliado a matéria pode ser tido como circunstância favorável à recorrente; por outro lado, ainda que recente decisão do TRF-3 tenha proibido a cobrança do THC-2/SSE, não há razão para supor que essa decisão constitua o desfecho da discussão (item 7);

d) cabe à Antaq a escolha do modelo regulatório e o papel de arbitrar os conflitos de interesses daí advindos, ainda que não ela não tenha sido muito eficiente no desempenho desse mister (item 8);

e) o desvio de finalidade da edição da Resolução-Antaq n. 72/2002 não está devidamente caracterizado (item 9);

f) ainda que a Antaq pudesse ou devesse ser ouvida previamente quanto ao mérito da decisão, não restou violado o devido processo legal ou a ampla defesa, porquanto o STF reconhece aos tribunais de contas poder geral de cautela e a possibilidade de adotar medida cautelar fundada em receio de grave lesão ao interesse público, que foi o entendimento deste Tribunal no caso (item 10);

g) o Tribunal deve observar as consequências práticas da decisão, que no caso vertente foi criar um vazio normativo e regulatório que obsta a atuação da Antaq.

12.1. Ante essas conclusões, deve-se dar **provimento parcial** ao recurso, para que se adote entendimento que reconheça o papel regulador da Antaq na matéria em questão e, admitindo-se a continuidade da sua atuação nesse ponto, se mantenha a suspensão da cobrança do THC-2/SSE até que a Antaq expeça regulamento que inclua (i) metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE para apuração de denúncias; e (ii) procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no artigo 48 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para que se adote entendimento que reconheça o papel regulador da Antaq na matéria em questão e, admitindo-se a continuidade da sua atuação nesse ponto, se mantenha a suspensão da cobrança do THC-2/SSE até que a Antaq expeça regulamento que inclua (i) metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE para apuração de denúncias; e (ii) procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário;

b) informar a recorrente do acórdão a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.”

2. Por meio do pronunciamento transcrito a seguir (peça 343), o titular da AudRecursos divergiu das conclusões e encaminhamentos acima descritos:

“Trata-se de pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) contra os itens 9.1.2, 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, a seguir transcritos:

9.1.2. no mérito, considerar procedente a denúncia do TC 015.453/2020-0, em face do desvio de finalidade do ato de expedição da Resolução Antaq 72/2022, normativo que permite a cobrança da taxa de serviço de segregação e entrega dos recintos alfandegários independentes pelos terminais portuários, praticado com um fim diverso do previsto no artigo 20, inciso II, alínea `b` e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001 e em afronta ao artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011 e ao artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019;

9.2. indeferir os requerimentos de medidas cautelares formulados pelos denunciante deste processo e dos TC 012.249/2019-0 e TC 015.453/2020-0 (apensos), tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para sua adoção;

9.3. determinar à Antaq que, no prazo de 30 (trinta) dias, anule todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea `b` e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001;

9.4. com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU e no Poder Geral de Cautela, determinar, cautelarmente, a suspensão dos efeitos de todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea `b` e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001;

2. Em 24 de agosto de 2022, a Conjur informou, por meio do Memorando n. 314/2022-

Conjur (peça 154), a decisão judicial que deferiu o pedido de tutela antecipada para restabelecer, de imediato, a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE). A ação foi movida pela APM Terminals Itajaí S.A. contra a União e a Agência Nacional de Transportes Aquáticos.

*3. Após analisar o pedido de reexame interposto pela Antaq contra Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, bem como os argumentos apresentados por diversas entidades admitidas como **amicus curiae**, o auditor desta Unidade de Auditoria Especializada em Recursos, com a anuência do diretor, propôs (peças 341-342):*

a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para que se adote entendimento que reconheça o papel regulador da Antaq na matéria em questão e, admitindo-se a continuidade da sua atuação nesse ponto, se mantenha a suspensão da cobrança do THC-2/SSE até que a Antaq expeça regulamento que inclua (i) metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE para apuração de denúncias; e (ii) procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário;

b) informar a recorrente do acórdão a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.

4. Com a devida vênia, pelas razões que passo a expor, discordo da proposta de provimento parcial do recurso elaborada pela 1ª Diretoria desta Unidade de Auditoria Especializada em Recursos.

*5. A tarifa denominada Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), também conhecida como THC-2 (**Terminal Handling Charge**), é uma taxa de manuseio de carga cobrada no terminal portuário. Em rápida síntese, é uma cobrança adicional feita pelos operadores portuários. Essa taxa é aplicada na importação de mercadorias e se refere aos serviços prestados pelo terminal portuário para a movimentação de contêineres entre a pilha no pátio do terminal e o portão de saída, conforme dispõe o art. 2º, inciso IX, da Resolução Antaq 72/2022.*

*6. Essa cobrança foi objeto de controvérsia devido à alegação de que os serviços cobertos pela SSE/THC-2 já estariam incluídos na taxa padrão cobrada pela movimentação horizontal de contêineres entre o navio e a pilha no terminal portuário, a THC (**Terminal Handling Charge**).*

7. Antes de analisar o mérito da questão, é relevante apresentar o contexto histórico em que se desenvolveu a cobrança de SSE, também denominada de THC-2, ao longo dos anos, aplicada exclusivamente na hipótese de importação de cargas por contêineres.

8. Na importação, a carga é entregue ao destinatário final apenas após sua nacionalização, seguindo os trâmites estabelecidos pela Receita Federal. Durante esse processo, o importador paga pela armazenagem em um recinto alfandegado. Esses recintos são áreas demarcadas destinadas à movimentação, à armazenagem e ao despacho aduaneiro de mercadorias importadas, sob a supervisão da Receita Federal.

9. Até os anos 1980, a movimentação e a armazenagem de cargas eram realizadas exclusivamente na zona primária do porto, o que sobrecarregava as áreas próximas à atracação. Essa situação gerava ineficiências operacionais, elevando os custos devido aos longos tempos de embarque e desembarque, que atrasavam a entrega dos produtos, prolongavam a permanência dos navios e aumentavam as despesas com armazenagem.

10. Para solucionar o problema, foi criado o recinto alfandegado independente (RAI), localizado na zona secundária, retroporto ou porto seco, permitindo que as cargas fossem armazenadas fora da área molhada do porto, conforme a escolha do dono da carga.

11. Inicialmente, essa mudança melhorou a eficiência nos terminais das antigas companhias docas. No entanto, com o desembarço aduaneiro também sendo realizado nessas zonas secundárias, as docas começaram a perder receita de armazenagem.

12. Em resposta, os operadores da área molhada começaram a cobrar uma taxa de segregação e entrega para o recinto alfandegado independente, responsável por armazenar a carga até sua nacionalização e entrega final.

13. A partir de 1995, com as privatizações, as companhias docas foram substituídas pelos terminais portuários (zona molhada). Inicialmente, esses terminais não cobravam pela entrega das

mercadorias, mas posteriormente instituíram a taxa THC-2, cobrada quando o dono da carga optava por não a armazenar no terminal até a nacionalização.

14. Atualmente, dois particulares podem armazenar a carga até o desembaraço aduaneiro e receber pela armazenagem: o operador do terminal arrendado, que retira a carga do navio e a coloca no pátio; e, o recinto alfandegado independente (RAI) ou instalação portuária alfandegada (IPA), na zona secundária ou interna ao porto.

15. A situação descrita aponta para as seguintes conclusões: (1) os terminais portuários são concorrentes diretos dos recintos alfandegários independentes na prestação do serviço de armazenagem alfandegada de cargas; (2) os terminais portuários recebem pela movimentação horizontal da carga mediante taxa denominada THC, de modo que a criação de outra taxa de movimentação horizontal (SSE/THC-2) não pode conter cobrança já incluída na taxa THC.

16. O TCU vem acompanhando a questão regulatória desde a permissão para a cobrança do SSE/THC-2, estabelecida pela Resolução 2.389/2012.

17. Inclusive, o Tribunal já se pronunciou sobre a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) por meio do Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário, relatado pela Ministra Ana Arraes, ocasião em que expediu os seguintes comandos à agência reguladora:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq que:

9.1.1. elabore e publique as composições de custo dos serviços prestados pelos terminais portuários com o objetivo de balizar o exame de pertinência da THC 2 e de ocorrência de abuso em sua cobrança;

9.1.2. proceda à revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico-institucional estabelecido pela Lei 12.815/2013 e pela Lei 12.529/2011, com vistas a dar cumprimento a sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes, em obediência ao art. 20, inciso II, art. 27, incisos II e IV, da Lei 10.233/2001 e ao art. 2º, inciso II, do Decreto 4.122/2002;

18. Naquela ocasião, o Tribunal constatou que a norma que regulamentava o assunto não especificava claramente os serviços incluídos no Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), conforme destacado no seguinte excerto do voto condutor do referido acórdão:

117. **Se houvesse transparência e divulgação aos usuários da composição dos custos da THC e de todos os itens da Cesta de Serviços, incluída nessa regulamentação a descrição desses itens, a própria agência reguladora teria subsídio consistente para decidir quanto à ocorrência ou não de custos adicionais decorrentes de segregação e liberação de contêineres, bem como quanto a possíveis valores máximos admissíveis para a respectiva taxa de remuneração.**

118. Referidas informações consistiriam em subsídios para decisões regulatórias consistentes e para que se evitasse situação de cobranças em duplicidade por serviços prestados, assim como para fixação de valores máximos para taxas de remuneração de serviço.

119. É desejável que autorregulação e regulação coexistam. Mas, ao se identificarem lacunas, a atuação regulatória da agência é necessária para que se evitem abusos de poder econômico. No presente caso, a inércia da Antaq propiciou situações de mercado nas quais um dos agentes, que se encontra em posição singular, endereçou cobranças do preço que lhe convinha a outro agente que não tinha condições de negociação. (destaquei)

19. Em resposta ao TCU, a agência reguladora aprovou Resolução-Antaq 34/2019, posteriormente revogada pela Resolução-Antaq 72/2022, com alterações promovidas pelas Resoluções-Antaq 84/2022, 64/2023, 101/2023 e 108/2023. Esses normativos definiram parâmetros para a cobrança dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias, conhecidos como Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), também chamado de THC-2 (**Terminal Handling Charge**).

20. Na denúncia em exame, o TCU foi instado a avaliar os possíveis efeitos prejudiciais da Resolução-Antaq 72/2022. No acórdão impugnado, o Tribunal concluiu, em síntese, que: (1) os valores cobrados pelo SSE/THC-2 já estão incluídos no valor do THC; (2) há quebra do equilíbrio concorrencial, pois o operador portuário pode impor custos ao concorrente (porto seco).

21. Segundo o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, a quebra do equilíbrio concorrencial na situação apontada provoca prejuízos à logística da operação portuária, como o acúmulo de cargas na zona molhada, além de onerar indevidamente o dono da carga e, por consequência, o consumidor final.

22. Como fundamento legal para a decisão, o Tribunal cita que a edição de resolução permitindo a cobrança do SSE/THC-2 não se alinha às atribuições da Antaq definidas no art. 20, inciso II, alínea 'b', da Lei 10.233/2001, a seguir transcritas:

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 infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

(...) 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.** (destaquei)

23. Na mesma linha, a Resolução 72/2022 também não está em conformidade com o disposto no art. 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, **no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:**

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; (destaquei)

24. Por fim, o Tribunal concluiu que os fatos narrados caracterizam infração à ordem econômica, pois foi identificado o exercício abusivo de posição dominante pelos terminais portuários, além de limitação e/ou prejuízo à livre concorrência, conforme os incisos I e IV, c/c §2º, todos do art. 36 da Lei 12.529/2011:

Art. 36. Constituem **infração da ordem econômica**, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do **caput** deste artigo.

§ 2º **Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado** ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (destaquei)

25. A Antaq apresenta no pedido de reexame as seguintes questões recursais:

25.1. Se o TCU pode intervir em atividades finalísticas de uma agência reguladora para anular dispositivos normativos por ela expedidos;

25.2. Se a ausência de oitiva da Antaq para se pronunciar previamente sobre o assunto violou o devido processo legal e a ampla defesa;

25.3. Se os serviços estabelecidos no SSE/THC-2 estão contidos no THC;

25.4. Se a decisão recorrida viola a ordem administrativa e econômica.

26. Em relação às duas primeiras questões, concordo com as análises e as conclusões efetuadas na instrução à peça 341, de modo que não serão rediscutidas nesse pronunciamento.

27. Passo a examinar, a seguir, os argumentos recursais da Antaq associados às duas últimas questões.

28. A Antaq apresentou as seguintes razões recursais para defender que os serviços SSE/THC-2 existem, são devidos e se distinguem dos cobrados no THC, resumidamente:

28.1. Os valores cobrados pelo THC estão alinhados com os praticados em outras regiões do mundo;

28.2. O regime alfandegário brasileiro possui peculiaridades que exigem serviços específicos não incluídos no THC, e a inclusão desses serviços resultaria em aumento dos valores cobrados.

29. Verifico, inicialmente, que os argumentos recursais não afastam a possibilidade de que alguns serviços incluídos na cesta SSE/THC-2 já sejam cobrados no THC.

30. Ademais, o fato de os preços do THC nos portos brasileiros estarem alinhados com a média de outros mercados não elimina o risco de pagamento em duplicidade. Pelo contrário, isso pode indicar uma sobrevalorização dos preços nacionais, uma vez que os valores de SSE/THC-2 ainda seriam acrescidos ao THC.

31. Para uma comparação de preços, seria necessário que os serviços contemplados no THC fossem exatamente os mesmos. No entanto, no Brasil, a definição assimétrica na composição dos serviços incluídos no THC entre importação e exportação (conforme o art. 2º, inciso X, da Resolução-Antaq 72/2022) impede que esses preços sejam comparados de forma direta com os praticados em portos de outros países.

32. Em termos gerais, o THC de importação abrange os serviços de retirada dos contêineres dos navios até a colocação na pilha do terminal portuário (art. 2º, inciso X, da Resolução-Antaq 72/2022), enquanto o THC de exportação engloba os serviços desde o portão do terminal até a colocação dos contêineres no navio.

33. Como as taxas de THC de importação e exportação abrangem cestas de serviços diferentes, a especificação detalhada desses serviços é essencial para evitar cobranças duplicadas com o SSE/THC-2.

34. Conforme mencionado anteriormente, desde a vigência da Resolução 2.389/2012, o Tribunal já identificava a possibilidade de cobrança duplicada por serviços SSE/THC-2 incluídos no THC, devido à falta de composição de custos dessa cesta de serviços (Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário).

35. A Resolução Antaq 72/2022 define, no inciso IX do art. 2º, a composição do SSE/THC-2 da seguinte forma:

Serviço de Segregação e Entrega de contêineres: preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante;

36. Por sua vez, a permissão para a cobrança do SSE está prevista no § 1º do art. 7º da referida Resolução da Antaq:

§ 1º Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque de cargas não nacionalizadas, é permitida a cobrança do SSE, perante o importador ou seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante.

37. O normativo citado indica que a cobrança do SSE/THC-2 depende do regime aduaneiro pelo qual a carga passará durante a importação. No entanto, a norma não especifica quais trânsitos aduaneiros se aplicam ao SSE/THC-2, tampouco especifica quais seriam esses serviços.

38. Associado a esse fato, o Tribunal identificou uma grande disparidade nos preços cobrados pelo SSE/THC-2, conforme relatado no voto do acórdão recorrido, nos seguintes termos:

91. À título de exemplo, os dados indicam diferentes valores de cobrança da SSE ao longo do país e até mesmo dentro de um mesmo porto. Segundo dados do Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário, há terminais em Santos que cobram mais de R\$ 300,00 pelos serviços de THC 2. Na mesma época da pesquisa de preços, em Itajaí (SC), a APM Terminais chegava a cobrar R\$ 726,00 por contêiner e a Portonave R\$ 331,00.

92. Há notícias de que os valores atingem mais de mil reais por contêiner em alguns portos. A depender da demanda, os valores também podem oscilar. As evidências dos autos mostram que em meados de 2020, um operador portuário em Santos informou que passaria a cobrar R\$ 783,00 pela SSE, mas que no período de 3/4/2020 até 30/6/2020 o preço permaneceria em R\$ 399,00 (peça 1 do TC 015.453/2020-0).

(...)

95. Ademais, essas **variações extremas nos valores dessa taxa** corroboram o que já foi demonstrado aqui: a SSE não está associada a um serviço específico, **as atividades desse serviço existem**, mas já estão contempladas na THC. A cobrança dessa taxa serve para que o operador portuário ofereça diferentes preços em situações distintas, a depender da possibilidade de ele receber pela armazenagem ou não. (destaquei)

39. Portanto, concluo que, embora sejam necessários serviços específicos conforme o regime aduaneiro adotado, para a cobrança desses serviços (SSE-THC-2), é essencial uma distinção clara entre o que está incluso no THC e no SSE/THC-2 para cada tipo de trânsito aduaneiro.

40. Em outras palavras, o argumento recursal sobre as peculiaridades do regime alfandegário brasileiro apenas reforça a decisão proferida no Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário.

41. Passando para a última questão, em síntese, os argumentos recursais da Antaq que sustentam a tese de que a ordem econômica não foi violada pela Resolução-Antaq 72/2022 são os seguintes:

41.1. Os posicionamentos recentes do Cade reconhecem a legalidade, em tese, da cobrança de SSE/THC-2;

41.2. O Memorando de Entendimento nº 1/2021, firmado entre Antaq e Cade, com a interveniência do Ministro da Infraestrutura, estabelece que a cobrança de SSE/THC-2 não constitui, por si só, ato ilícito;

41.3. A Nota Técnica nº 17/2022/DEE/CADE conclui que existe justificativa lícita para a cobrança de SSE/THC-2;

41.4. Decisões judiciais sobre o tema.

42. Em seu recurso, a Antaq apresentou o acórdão do Cade sobre o caso *Atlântico v. Tecon Suape* e o Memorando de Entendimento nº 1/2021, firmado entre Antaq e CADE, para sustentar que a cobrança de SSE/THC-2 não constitui ato ilícito.

43. Entretanto, é relevante destacar que, embora o acórdão do Cade não tenha considerado a cobrança de SSE/THC-2 ilícita em tese, no caso concreto foi constatada a cobrança de SSE/THC-2 por serviços já incluídos nos custos do **box rate**, lembrando que o THC está contido no **box rate**, configurando infração à ordem econômica, conforme aponta o excerto a seguir:

379. Ainda que a cobrança do SSE, por si só, não pode ser tida como ilícita sob o ponto de vista da ANTAQ, no caso concreto verificou-se que a **Representada cobrou a título de SSE por serviços contemplados pela box rate e que, portanto, já foram remunerados pela THC**, em linha com o entendimento manifestado pela ANTAQ nestes autos. [...]

381. Isto posto, ainda que a cobrança do SSE não configure um ilícito por objeto, **entendo haver elementos mais do que suficientes para a caracterização de infração à ordem econômica no caso em tela, tendo em vista terem restados comprovados os efeitos deletérios à concorrência decorrentes da prática abusiva da Representada**, à luz da regra da razão.

382. Isso porque, ainda que os preços não possam ser tidos como abusivos, **a cobrança em si realizada pela Representada foi realizada de forma indevida, em vista de ter sido realizada (i) mediante a cobrança por custos já remunerados pela box rate; (ii) em caráter discriminatório; e (iii) sem justificativa econômica razoável**; restando inequívoco o seu efeito de elevar artificialmente os custos e criar dificuldades à atuação de seus concorrentes no mercado à jusante, em nítido caráter anticompetitivo.

44. Os fatos apresentados nessa decisão demonstram que a Resolução-Antaq 72/2022 não distingue os serviços incluídos no THC, e, conseqüentemente, no **box rate**, daqueles considerados como SSE/THC-2. Tampouco a resolução especifica o trânsito aduaneiro para o qual essa taxa pode ser cobrada.

45. Isso concede ao terminal portuário uma liberdade indevida para a cobrança de SSE/THC-2, que, caso a regulamentação permaneça inalterada, só será analisada em casos concretos e se os órgãos competentes forem provocados, ou seja, quando os efeitos negativos já tiverem ocorrido.

46. Esses efeitos foram detalhadamente expostos no voto do acórdão recorrido, no trecho a seguir transcrito:

77. O que difere é quem vai receber pela armazenagem. Esse é o ponto fulcral dessa cobrança. Ao decidir armazenar sua carga em um recinto alfandegado independente, o importador retira logo a carga da zona primária ou molhada e não a armazena por lá, o que traz benefícios logísticos e operacionais para o porto, consoante já explicado nesse voto.

78. Em resumo, a **permissão para cobrança de SSE se traduz na possibilidade de o operador portuário aumentar os custos de seu concorrente (RAI)**, custos estes que serão repassados ao dono da carga, sempre que o terminal não for `escolhido` para receber pela armazenagem. Automaticamente, por conclusão lógica, **quem paga essa conta é o consumidor final**, aumentando-se assim os custos dos produtos em nosso país. (...)

84. À primeira vista, parece-nos claro que **a resolução possibilita que um player eleve artificialmente os preços dos seus concorrentes e ainda traga prejuízos à cadeia produtiva nacional.** (destaquei)

47. Destaco que o Tribunal constatou, em auditoria operacional para avaliar gargalos que afetam a eficiência dos portos, a falta de instrumentos adequados na Antaq para tratar denúncias sobre abuso de tarifas e preços. Além disso, a agência não possuía indicadores para avaliar corretamente os preços dos serviços praticados pelos terminais, o que resultou nas determinações a seguir (TC 024.768/2017-0; Acórdão 2310/2018-TCU-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas):

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:
9.1.1. no prazo de 180 dias, desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001;
9.1.2. no prazo de 180 dias, regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêineres, com vistas a subsidiar as análises de abusividade de preços e tarifas de terminais e operadores portuários, definindo referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001;

48. Portanto, a ineficiência da Antaq na análise de denúncias sobre abuso de preços e tarifas agrava os efeitos negativos da cobrança indevida por serviços relacionados ao SSE/THC-2.

49. Em relação ao Memorando de Entendimento nº 1/2021 (peça 130), entendo que o documento não apresenta inovações em relação ao acórdão do Cade anteriormente analisado. Embora considere a cobrança de SSE/THC-2 lícita em tese, reconhece como abusiva a cobrança por serviços já incluídos no THC e no **box rate**, bem como por serviços não prestados.

50. A Nota Técnica nº 17/2022/DEE/CADE (peça 131), a discorrer sobre a natureza autorizativa, e não impositiva, das resoluções da Antaq referentes à cobrança da THC-2, apresentou as seguintes premissas e conclusões:

É verdade que as Resoluções da Antaq possuem caráter autorizativo e não impositivo da cobrança da THC-2. É verdade que as partes, em tese, podem regulamentar contratualmente, outro tipo de remuneração de SSE. No entanto, sabe-se que:

(i) a regulação atual ao explicitar que a THC-2 não se encontra contida na **Box rate**, salvo disposição contratual em contrário;

(ii) tendo em vista que as partes não possuem disposição contratual em contrário, tem-se que:

por uma questão lógica, em razão das premissas acima, a **Box rate**, atualmente, não inclui SSE! De outro lado, a SSE é efetivamente prestada, já que há movimentação de contêineres dentro do perímetro dos operadores portuários.

51. Ocorre, contudo, que não existe contrato entre o dono da carga e o terminal portuário estabelecendo os serviços contidos no **box rate**, tampouco contrato entre o terminal portuário e o recinto alfandegado (RAI), o que possibilita cobranças indevidas de SSE/THC-2. A inexistência dessa relação contratual foi apontada pela deliberação recorrida, conforme mostra o seguinte trecho do voto:

88. No caso do pagamento de SSE aos terminais pelos RAI é bem diferente, estes recintos secos sequer podem escolher em qual terminal irão buscar a carga do importador, porquanto **quem decide onde o navio vai atracar nem é o dono da carga, quem escolhe o operador portuário é o armador**. Ou seja, o `equilíbrio` do mercado concorrencial sequer consegue se efetivar, dado que o recinto alfandegado independente não tem como recorrer a outro `fornecedor`.

89. Daí decorre outra peculiaridade desse mercado: **a inexistência de contrato entre o terminal portuário e o recinto alfandegado (RAI) nas operações de importação. O terminal recebe o valor do `box rate` direto do armador, que repassa ao importador esse custo em seu contrato com este**. Como já dito, no final das contas, quem paga por essa taxa é o consumidor, o cidadão que consome os insumos e produtos importados.

90. Não fosse isso o bastante, não há desembarque de mercadoria se um operador portuário não retira a carga do navio e a coloca em seu terminal. Ele está na área molhada. Não à toa, os operadores portuários vêm arbitrando essa taxa da maneira como lhes convém. (destaquei)

52. Em relação à jurisprudência dos Tribunais, a própria recorrente menciona que o tema não está pacificado, de modo que esses julgados não podem socorrê-la.

53. Ademais, rememoro que o Tribunal de Contas da União possui jurisdição e competência próprias, estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992). Dessa forma, segundo o princípio da independência das instâncias, decisões judiciais não obstam o exercício do controle externo nem vinculam o juízo de valor formado por esta Corte de Contas. Apenas a absolvição criminal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato ou na negativa de autoria tem eficácia preclusiva subordinante, isto é, afasta a imposição de obrigações e sanções nas demais instâncias (Acórdãos 4.402/2024-TCU-Primeira Câmara, 6.723/2010-TCU-Primeira Câmara e 185/2008-TCU-Plenário).

54. Observo, ainda, que os problemas apontados neste processo de denúncia resultam da falta de ações tempestivas da agência ou de medidas que não produziram efeitos corretivos nas questões identificadas nas auditorias operacionais, TC 024.768/2017-0 (Acórdão 2.310/2018-TCU-Plenário) e TC 014.624/2014-1 (1.704/2018-TCU-Plenário).

55. Assim, concluo que os argumentos apresentados pela recorrente não são aptos a reformar ou anular o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, devendo ser mantido seus termos.

56. Destaco, por fim, que o processo em exame não encerra a discussão sobre a cobrança de serviços executados pelos terminais que não estão incluídos no THC, pois o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário decidiu sobre o caso específico da cobrança de SSE/THC-2 conforme os termos estabelecidos pela Resolução-Antaq 72/2022.

57. Ademais, o TCU pode revisar as determinações expedidas aos jurisdicionados, pois elas não estão sujeitas à preclusão **pro judicato**, que impede o julgador de reexaminar questões já decididas de forma definitiva.

58. Segundo a Resolução TCU 315/2020, determinação é uma deliberação de natureza mandamental que obriga o destinatário a adotar, dentro de um prazo estabelecido, providências concretas e imediatas para prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares.

59. Em relação aos destinatários, as determinações do TCU são dotadas de imperatividade e coercibilidade, vinculando o jurisdicionado ao seu cumprimento, sob pena de sanções, conforme o art. 58 da Lei 8.443/1992.

60. *Em relação ao conteúdo, as determinações têm por finalidade impor ao jurisdicionado a adoção de providências concretas e imediatas para o exato cumprimento da lei (em sentido amplo), exigindo-lhe obrigações de fazer ou não fazer.*

61. *Ou seja, a partir de um dever jurídico imposto de forma abstrata e erga omnes, o TCU estabelece uma obrigação específica e individualizada, incidente sobre pessoas determinadas ou determináveis e decorrente de uma relação jurídica consubstanciada em uma prestação.*

62. *Como as determinações buscam concretizar e individualizar normas constitucionais e legais, que podem ser alteradas ao longo do tempo, elas podem ser revisadas para se adequar a mudanças legislativas ou até mesmo mudanças de interpretação.*

63. *Diante disso, o TCU, ao expedir uma determinação, mesmo em processos sem possibilidade de recurso, não está impedido de rediscutir o tema posteriormente, seja por novas informações ou circunstâncias, como nos processos de monitoramento, seja por alterações legislativas ou nova interpretação da lei.*

64. *Tal fato se confirma com o andamento do TC 020.789/2023-8, auditoria operacional que analisa a prestação do serviço portuário, com foco na cobrança pelos serviços de segregação de entrega de contêineres (SSE), taxa de movimentação no terminal (THC) e despacho sobre águas e armazenagem (DSA).*

65. *A auditoria poderá, por meio do aprofundamento dos procedimentos e a coleta de evidências, avaliar pontos eventualmente ainda não incorporados nos julgados anteriores e oferecer a oportunidade de o Plenário desta Corte se pronunciar sobre a existência de lacunas normativas e oportunidade de aperfeiçoamento na atuação da Antaq.*

66. *O referido processo está na fase de comentários dos gestores, possibilitando a construção de uma deliberação sobre o tema com a participação ativa da Agência.*

67. *Em síntese, pelas razões expostas neste pronunciamento, e com vênias por divergir da proposta formulada pelo auditor instrutor e pela subunidade, manifesto-me no sentido de que o Tribunal conheça do pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) contra o Acórdão 1448/2022-TCU-Plenário para, no mérito, negar-lhe provimento, bem como, seja dada ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados.”*

É o Relatório.

VOTO

Trata-se, nesta fase processual, de pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq (peças 125-131) contra o Acórdão 1.448/2022-Plenário, da Relatoria do ministro Vital do Rêgo.

2. A título de contextualização, foram, inicialmente, interpostas três denúncias neste Tribunal (TC 021.408/2019-0, TC 012.249/2019-0, apenso, TC 015.453/2020-0, apenso), com pedido de cautelar, acerca de possíveis irregularidades no processo de revisão da Resolução-Antaq 2.389/2012, que culminou com a edição da Resolução-Antaq 34/2019, hoje revogada pela Resolução 72/2022.

3. As referidas resoluções estabeleceram parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias. Em resumo, esses normativos se referem à cobrança de tarifa denominada Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), também conhecida como THC-2, denominação oriunda do termo THC (**Terminal Handling Charge**), uma taxa de manuseio de carga cobrada no terminal portuário. Em rápida síntese, é uma cobrança adicional feita pelos operadores portuários aplicada na importação de mercadorias e se refere aos serviços prestados pelo terminal portuário para a movimentação de contêineres entre a pilha no pátio do terminal e o portão de saída, conforme dispõe o art. 2º, inciso IX, da Resolução Antaq 72/2022.

4. No presente TC 021.408/2019-0, há alegação de ausência de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) previamente à elaboração da minuta de resolução que foi submetida à Audiência Pública 4/2018, para alteração da Resolução 2.389/2012, bem assim de que não foram submetidos à referida audiência pública os temas franquias de cobrança e preço-teto, que constaram, ao final, na minuta de resolução apresentada pela área técnica da Antaq.

5. No TC 012.249/2019-0, apenso, também há alegação de ausência de AIR previamente à elaboração da minuta de resolução que foi submetida à Audiência Pública 4/2018, para alteração da Resolução 2.389/2012 e de inserção indevida de questões relativas à instituição de franquias de cobrança e de preço-teto do THC-2, que não constavam da minuta do texto normativo submetido à Audiência Pública, sem a devida realização de AIR e Audiência Pública.

6. No TC 015.453/2020-0, apenso, além da alegação de ausência do AIR no processo de revisão da Resolução 2.389/2012, é apontada ilegalidade no estabelecimento da taxa denominada Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE).

7. Preenchidos os requisitos de admissibilidade da denúncia insculpidos nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno do TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, a unidade técnica propôs o conhecimento da denúncia, oitiva da Antaq e indeferimento do pedido da denunciante para ingresso no processo como interessada (peça 17). Mediante despacho à peça 20, o relator **a quo** acolheu a proposta.

8. Contra o despacho, a denunciante apresentou agravo (peça 33), ao qual foi negado provimento pelo Acórdão 2.100/2019-Plenário (peça 36).

9. A então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (peça 115), atual Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Portuária e Ferroviária (AudPortoFerrovia), analisou a oitiva da Antaq restringindo-se às irregularidades apontadas pelo denunciante. A proposta foi no sentido de *“indeferir o requerimento de medida cautelar, **inaudita altera parte**, formulado pelo denunciante, tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida”*.

10. Ao examinar a matéria, o Plenário deste Tribunal prolatou o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, sob a relatoria do Min. Vital do Rêgo, tendo decidido: a) considerar parcialmente procedentes as denúncias objeto do TC 021.408/2019-0 e do TC 012.249/2019-0; e precedente a denúncia do TC 015.453/2020-0; b) indeferir os requerimentos de medidas cautelares formulados pelos denunciante; c) determinar que a Antaq anule todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que

dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade na sua edição; d) cautelarmente, suspender os efeitos de todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade.

11. Contra essa decisão, a Antaq interpôs o pedido de reexame (peças 125-131) que ora examino.

12. Após analisar o presente recurso, bem como os argumentos apresentados por diversas entidades admitidas como **amicus curiae**, o auditor da Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos), com a anuência do diretor, propôs, no essencial, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para que se adote entendimento que reconheça o papel regulador da Antaq na matéria em questão e, admitindo-se a continuidade da sua atuação nesse ponto, se mantenha a suspensão da cobrança do THC-2/SSE até que a Antaq expeça regulamento que inclua: (i) metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE para apuração de denúncias; e (ii) procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário.

13. O titular daquela unidade técnica divergiu desse posicionamento e, em vez disso, propõe que o Tribunal conheça do pedido de reexame interposto pela Antaq contra o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, para, no mérito, negar-lhe provimento.

14. De plano, ratifico os termos do meu Despacho à peça 150, para conhecer do presente recurso, satisfeitos os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie. No mérito, acompanho os encaminhamentos propostos pelo titular da AudRecursos, cujos fundamentos adoto como minhas razões de decidir, sem prejuízo dos comentários a seguir acerca de pontos que julgo serem de maior relevo.

15. Em apertada síntese, a Antaq apresenta no pedido de reexame as seguintes questões recursais:

15.1. Se o TCU pode intervir em atividades finalísticas de uma agência reguladora para anular dispositivos normativos por ela expedidos;

15.2. Se a ausência de oitiva da Antaq para se pronunciar previamente sobre o assunto violou o devido processo legal e a ampla defesa;

15.3. Se os serviços estabelecidos no SSE/THC-2 estão contidos no THC;

15.4. Se a decisão recorrida viola a ordem administrativa e econômica.

16. Em seu recurso, a agência reguladora ressalta, sinteticamente, que: i) os posicionamentos recentes do Cade reconheceriam a legalidade, em tese, da cobrança de SSE/THC-2; ii) o Memorando de Entendimento nº 1/2021, firmado entre Antaq e Cade, com a interveniência do então Ministro da Infraestrutura, estabeleceria que a cobrança de SSE/THC-2 não constitui, por si só, ato ilícito; e iii) a Nota Técnica nº 17/2022/DEE/CADE conclui que existe justificativa lícita para a cobrança de SSE/THC-2.

17. **Passo a analisar.**

18. A divergência entre os posicionamentos do titular e do auditor da AudRecursos concentram-se nas duas últimas questões.

19. Sobre a atuação do TCU neste caso, apresento os seguintes entendimentos manifestados por esta Corte de Contas que balizam a fiscalização das agências reguladoras:

“A competência do TCU para fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras caracteriza-se como controle de segunda ordem, cabendo respeitar a discricionariedade das agências quanto à escolha da estratégia e das metodologias utilizadas para o alcance dos objetivos delineados. Isso não impede, todavia, que o TCU determine a adoção de medidas corretivas a ato praticado na esfera discricionária dessas entidades, quando houver violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, da economicidade e da modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos.” (Acórdão 1.166/2019-TCU-Plenário: Relator Ministro Augusto Nardes);

“A fiscalização do TCU sobre as agências reguladoras é de segunda ordem, cabendo a estas a fiscalização de primeira ordem, bem como as escolhas regulatórias, e ao TCU verificar se não houve ilegalidade ou irregularidade na atuação dessas autarquias especiais.” (Acórdão 2302/2012-TCU-Plenário: Relator Ministro Raimundo Carreiro); e

“O controle do TCU sobre os atos de regulação é de segunda ordem, na medida que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador. No caso de ato discricionário praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe ao TCU, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas. Não é suprimida a competência do Tribunal para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que viciado em seus requisitos, a exemplo da competência, da forma, da finalidade ou, ainda, inexistente o motivo determinante e declarado. Em tais hipóteses e se a irregularidade for grave, pode até mesmo determinar a anulação do ato.” (Acórdão 602/2008-TCU-Plenário: Relator Ministro Benjamin Zymler). (Destaquei).

20. Dessa forma, observo que se configurou a fiscalização de segunda ordem no presente caso, nos termos do entendimento deste Tribunal quanto à atuação do controle externo nas atividades finalísticas das agências reguladoras, vez que restou comprovada a ilegalidade da atuação da Antaq em confronto com os normativos pertinentes, nos termos dos seguintes itens da decisão recorrida:

“9.3. determinar à Antaq que, no prazo de 30 (trinta) dias, anule todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea `b` e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001;

9.4. com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU e no Poder Geral de Cautela, determinar, cautelarmente, a suspensão dos efeitos de todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea `b` e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001;” (destaquei).

21. De igual forma, não ocorreu a alegada violação do devido processo legal e da ampla defesa na atuação do TCU neste presente caso.

22. De fato, ainda que a Antaq pudesse ou devesse ser ouvida previamente quanto ao mérito da decisão, não restou violado o devido processo legal ou a ampla defesa, porquanto o STF reconhece aos tribunais de contas poder geral de cautela e a possibilidade de adotar medida cautelar fundada em receio de grave lesão ao interesse público, que foi o entendimento deste Tribunal no presente caso.

23. Quanto à questão da existência do serviço de SSE/THC-2 e se estes estariam ou não contidos na remuneração do THC, considero que o titular da unidade técnica trouxe importantes complementos à análise do auditor e abordou com propriedade a matéria.

24. Até os anos 1980, a movimentação e a armazenagem de cargas eram realizadas exclusivamente na zona primária do porto, o que sobrecarregava as áreas próximas à atracação, por conta especialmente da demora no desembarço aduaneiro das cargas. Essa situação gerava ineficiências operacionais, elevando os custos devido aos longos tempos de embarque e desembarque, que atrasavam a entrega dos produtos, prolongavam a permanência dos navios e aumentavam as despesas com armazenagem.

25. Para solucionar o problema, foi criado o recinto alfandegado independente (RAI), localizado na zona secundária, retroporto ou porto seco, permitindo que as cargas fossem armazenadas fora da área molhada do porto, conforme a escolha do dono da carga. Segundo a regulamentação da Receita Federal do Brasil, a carga destinada ao RAI deveria ser disponibilizada pelo operador portuário em até 48 horas.

26. Inicialmente, essa mudança melhorou a eficiência nos terminais das antigas companhias docas. No entanto, com o desembarço aduaneiro também sendo realizado nessas zonas secundárias, as docas começaram a perder receita de armazenagem.

27. Em resposta, os operadores da área molhada passaram a cobrar uma taxa de segregação e entrega para o recinto alfandegado independente, responsável por armazenar a carga até sua nacionalização e entrega final.

28. A partir de 1995, com as privatizações, as companhias docas foram substituídas pelos terminais portuários (zona molhada). Inicialmente, esses terminais não cobravam pela entrega das mercadorias, mas posteriormente instituíram a taxa THC-2, cobrada quando o dono da carga optava por não a armazenar no terminal até a nacionalização.

29. A situação descrita aponta para as seguintes conclusões: (1) os terminais portuários são concorrentes diretos dos recintos alfandegários independentes na prestação do serviço de armazenagem alfandegada de cargas; (2) os terminais portuários recebem pela movimentação horizontal da carga mediante taxa denominada THC, de modo que a criação de outra taxa de movimentação horizontal (SSE/THC-2) não pode conter cobrança já incluída na taxa THC.

30. Conforme minudente histórico da matéria realizado pelo auditor, tanto no âmbito do Cade, como no Poder Judiciário, há divergentes entendimentos sobre o serviço THC-2 e a legalidade de sua remuneração. Em parte das deliberações considerou-se inexistente o serviço; em outra parte considerou-se que, embora existente o serviço, o valor cobrado pelo operador portuário limitava a livre concorrência, bem como incluía serviços já remunerados por outra taxa (THC).

31. A propósito, cabe mencionar que a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 27/8/2024, decidiu, por maioria de votos, no sentido de não permitir a cobrança do SSE/THC2 na movimentação de contêineres de importação, no âmbito do Recurso Especial 1.899.040/SP, no qual a operadora retroportuária Marimex questionava a cobrança da referida taxa pela Embraport (atualmente DP World Santos), que opera um terminal marítimo no porto de Santos-SP.

32. Já neste Tribunal, o assunto é acompanhado há bastante tempo, já tendo havido pronunciamento sobre a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), por meio do Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário, relatado pela Ministra Ana Arraes, ocasião em que expediu os seguintes comandos à agência reguladora:

“9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq que:

9.1.1. elabore e publique as composições de custo dos serviços prestados pelos terminais portuários com o objetivo de balizar o exame de pertinência da THC 2 e de ocorrência de abuso em sua cobrança;

9.1.2. proceda à revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico-institucional estabelecido pela Lei 12.815/2013 e pela Lei 12.529/2011, com vistas a dar cumprimento a sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes, em obediência ao art. 20, inciso II, art. 27, incisos II e IV, da Lei 10.233/2001 e ao art. 2º, inciso II, do Decreto 4.122/2002;”

33. Naquela ocasião, o Tribunal constatou que a norma que regulamentava o assunto não especificava claramente os serviços incluídos no Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE), conforme destacado no seguinte excerto do voto condutor do referido acórdão:

“117. Se houvesse transparência e divulgação aos usuários da composição dos custos da THC e de todos os itens da Cesta de Serviços, incluída nessa regulamentação a descrição desses itens, a própria agência reguladora teria subsídio consistente para decidir quanto à ocorrência ou não de custos adicionais decorrentes de segregação e liberação de contêineres, bem como quanto a possíveis valores máximos admissíveis para a respectiva taxa de remuneração.

118. Referidas informações consistiriam em subsídios para decisões regulatórias consistentes e para que se evitasse situação de cobranças em duplicidade por serviços prestados, assim como para fixação de valores máximos para taxas de remuneração de serviço.

119. *É desejável que autorregulação e regulação coexistam. Mas, ao se identificarem lacunas, a atuação regulatória da agência é necessária para que se evitem abusos de poder econômico. No presente caso, a inércia da Antaq propiciou situações de mercado nas quais um dos agentes, que se encontra em posição singular, endereçou cobranças do preço que lhe convinha a outro agente que não tinha condições de negociação.”* (destaquei).

34. Em resposta ao TCU, a agência reguladora aprovou a Resolução-Antaq 34/2019, posteriormente revogada pela Resolução-Antaq 72/2022, a qual é objeto dos presentes autos, com alterações promovidas pelas Resoluções-Antaq 84/2022, 64/2023, 101/2023 e 108/2023.

35. No julgamento de mérito deste processo, o relator **a quo** citou que a edição de resolução permitindo a cobrança do SSE/THC-2 não se alinhava às atribuições da Antaq definidas no art. 20, inciso II, alínea “b”, da Lei 10.233/2001, a seguir transcritas:

“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 infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

(...) 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.” (destaquei).

36. Na mesma linha, a Resolução 72/2022 também não estaria em conformidade com o disposto no art. 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019:

“Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;” (destaquei).

37. Por fim, o Tribunal concluiu que os fatos narrados caracterizariam infração à ordem econômica, pois foi identificado o exercício abusivo de posição dominante pelos terminais portuários, além de limitação e/ou prejuízo à livre concorrência, conforme os incisos I e IV, c/c §2º, todos do art. 36 da Lei 12.529/2011.

38. Foram esses os fundamentos que embasaram o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, ora recorrido.

39. A Antaq apresentou as seguintes razões recursais para defender que os serviços SSE/THC-2 existem, são devidos e se distinguem dos cobrados no THC, resumidamente: (i) que os valores cobrados pelo THC estão alinhados com os praticados em outras regiões do mundo; e (ii) que o regime alfandegário brasileiro possui peculiaridades que exigem serviços específicos não incluídos no THC, e a inclusão desses serviços resultaria em aumento dos valores cobrados.

40. Na mesma linha do titular da AudRecursos, considero que o fato de os preços do THC nos portos brasileiros estarem alinhados com a média de outros mercados não elimina o risco de pagamento em duplicidade. Pelo contrário, isso pode indicar uma sobrevalorização dos preços nacionais, uma vez que os valores de SSE/THC-2 ainda seriam acrescidos ao THC.

41. Para uma comparação de preços, seria necessário que os serviços contemplados no THC fossem exatamente os mesmos. No entanto, no Brasil, a definição assimétrica na composição dos serviços incluídos no THC entre importação e exportação (conforme o art. 2º, inciso X, da Resolução-Antaq 72/2022) impede que esses preços sejam comparados de forma direta com os praticados em portos de outros países.

42. Em termos gerais, o THC de importação abrange os serviços de retirada dos contêineres dos navios até a colocação na pilha do terminal portuário (art. 2º, inciso X, da Resolução-Antaq

72/2022), enquanto o THC de exportação engloba os serviços desde o portão do terminal até a colocação dos contêineres no navio.

43. Como as taxas de THC de importação e exportação abrangem cestas de serviços diferentes, a especificação detalhada desses serviços é essencial para evitar cobranças duplicadas com o SSE/THC-2.

44. No entanto, conforme expus anteriormente, desde a vigência da Resolução 2.389/2012, o Tribunal já identificava a possibilidade de cobrança duplicada por serviços SSE/THC-2 incluídos no THC, devido à falta de composição de custos dessa cesta de serviços (Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário).

45. Na visão do auditor-chefe da unidade técnica, com a qual me alinho, a norma em exame não especifica quais trânsitos aduaneiros se aplicam ao SSE/THC-2, tampouco especifica quais seriam esses serviços por ele remunerados.

46. Nesse sentido, ressalto que a Antaq, em sua peça recursal, apresentou o acórdão do Cade sobre o caso Atlântico v. Tecon Suape e o Memorando de Entendimento nº 1/2021, para sustentar que a cobrança de SSE/THC-2 não constituiria ato ilícito.

47. Entretanto, embora o acórdão do Cade não tenha considerado a cobrança de SSE/THC-2 ilícita em tese, no caso concreto foi constatada a cobrança de SSE/THC-2 por serviços já incluídos nos custos do **box rate**, lembrando que o THC está contido no **box rate**, configurando infração à ordem econômica, conforme aponta o excerto a seguir:

“379. Ainda que a cobrança do SSE, por si só, não pode ser tida como ilícita sob o ponto de vista da ANTAQ, no caso concreto verificou-se que a Representada cobrou a título de SSE por serviços contemplados pela box rate e que, portanto, já foram remunerados pela THC, em linha com o entendimento manifestado pela ANTAQ nestes autos. [...]”

*381. Isto posto, ainda que a cobrança do SSE não configure um ilícito por objeto, **entendo haver elementos mais do que suficientes para a caracterização de infração à ordem econômica no caso em tela, tendo em vista terem restados comprovados os efeitos deletérios à concorrência decorrentes da prática abusiva da Representada, à luz da regra da razão.***

*382. Isso porque, ainda que os preços não possam ser tidos como abusivos, **a cobrança em si realizada pela Representada foi realizada de forma indevida, em vista de ter sido realizada (i) mediante a cobrança por custos já remunerados pela box rate; (ii) em caráter discriminatório; e (iii) sem justificativa econômica razoável; restando inequívoco o seu efeito de elevar artificialmente os custos e criar dificuldades à atuação de seus concorrentes no mercado à jusante, em nítido caráter anticompetitivo.**”*

48. Associado a esse fato, o Tribunal identificou uma grande disparidade nos preços cobrados pelo SSE/THC-2, conforme relatado no voto do acórdão recorrido, nos seguintes termos:

“91. À título de exemplo, os dados indicam diferentes valores de cobrança da SSE ao longo do país e até mesmo dentro de um mesmo porto. Segundo dados do Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário, há terminais em Santos que cobram mais de R\$ 300,00 pelos serviços de THC 2. Na mesma época da pesquisa de preços, em Itajaí (SC), a APM Terminais chegava a cobrar R\$ 726,00 por contêiner e a Portonave R\$ 331,00.

92. Há notícias de que os valores atingem mais de mil reais por contêiner em alguns portos. A depender da demanda, os valores também podem oscilar. As evidências dos autos mostram que em meados de 2020, um operador portuário em Santos informou que passaria a cobrar R\$ 783,00 pela SSE, mas que no período de 3/4/2020 até 30/6/2020 o preço permaneceria em R\$ 399,00 (peça 1 do TC 015.453/2020-0).”

49. Rememoro que este Tribunal já constatou, em auditoria operacional para avaliar gargalos que afetam a eficiência dos portos, a falta de instrumentos adequados na Antaq para tratar denúncias sobre abuso de tarifas e preços. Além disso, a agência não possuía indicadores para avaliar corretamente os preços dos serviços praticados pelos terminais, o que resultou nas determinações a seguir (Acórdão 2.310/2018-TCU-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas):

“9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que: 9.1.1. no prazo de 180 dias, desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001;

9.1.2. no prazo de 180 dias, regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêineres, com vistas a subsidiar as análises de abusividade de preços e tarifas de terminais e operadores portuários, definindo referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001;”

50. Portanto, a ineficiência da Antaq na análise de denúncias sobre abuso de preços e tarifas agrava os efeitos negativos de uma eventual cobrança indevida por serviços relacionados ao SSE/THC-2.

51. Assim, concluo que, embora possam ser necessários serviços específicos conforme o regime aduaneiro adotado, para a cobrança desses serviços (SSE-THC-2), é essencial uma distinção clara entre o que está incluso no THC e no SSE/THC-2 para cada tipo de trânsito aduaneiro.

52. Por inexistir a devida padronização desses serviços na **box rate**, de modo a dar transparência a quais serviços são remunerados por cada taxa, notadamente nesse caso a THC e THC-2, o que enseja risco de duplicidade de cobranças pelos operadores portuários, entendo, na mesma linha do titular da AudRecursos, que o presente pedido de reexame deve ter seu provimento negado.

53. Ressalto, todavia, que o Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário decidiu sobre o caso específico da cobrança de SSE/THC-2, conforme os termos estabelecidos pela Resolução-Antaq 72/2022. Entretanto, encontra-se em curso neste Tribunal auditoria operacional (TC 020.789/2023-8, relator Min. Jorge Oliveira) que analisa a prestação do serviço portuário, com foco na cobrança pelos serviços de segregação de entrega de contêineres (SSE/THC-2), taxa de movimentação no terminal (THC) e despacho sobre águas e armazenagem (DSA).

54. A auditoria tem por objetivo contribuir para o aperfeiçoamento da regulação e da fiscalização da Antaq quanto à prestação adequada dos serviços de transporte e de movimentação de cargas em contêineres. Na ocasião, o TCU poderá, por meio do aprofundamento dos procedimentos, da coleta de evidências e da realização de testes de auditoria, avaliar pontos eventualmente ainda não incorporados nos julgados anteriores e oferecer a oportunidade de o Plenário desta Corte se pronunciar sobre a existência de lacunas normativas e propor medidas para aperfeiçoamento da atuação da Antaq, podendo, se for o caso, revisitado a matéria e as deliberações até então exaradas, se o assunto evoluir e se considerar pertinente.

55. Por fim, em recentes petições, as entidades recebidas nos autos como **amicus curiae** (Abratec, peças 344-353, Santos Brasil, peça 346, ATP, peça 347, e Logística Brasil, peça 352), solicitaram a retirada de pauta deste processo da Sessão de 21/8/2024 e o adiamento do seu julgamento até a apreciação da auditoria operacional autuada no TC 020.789/2023-8 (Relator Min. Jorge Oliveira), sendo que o pedido de retirada de pauta resta superado, mas a solicitação de adiamento não deve ser atendida, ante a ausência de motivos para adiar a apreciação do presente recurso, que cuida de matéria específica, enquanto a aludida fiscalização aborda temas mais abrangentes, de forma que o julgamento deste recurso não acarreta qualquer prejuízo ao deslinde da referida auditoria operacional, e vice-versa, a qual, inclusive, como dito no item anterior, poderá aprofundar a discussão sobre a matéria.

Ante o exposto, VOTO pela aprovação do acórdão que submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 4 de setembro de 2024.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Cumprimento o eminente Ministro Augusto Nardes, relator deste pedido de reexame, pelo cuidadoso trabalho ao abordar o relevante tema discutido nestes autos.

Inicialmente, faço um breve histórico para bem distinguir a matéria ora submetida a recurso de outra que se encontra sob minha relatoria.

O processo agora examinado teve início com três denúncias que, em essência, contestaram a ausência de realização de análise de impacto regulatório (AIR) previamente à edição da Resolução Antaq 72/2022.

Ao apreciar as denúncias, o Relator a quo, Ministro Vital do Rego, entendeu que o Serviço de Segregação e Entrega (SSE) já estaria incluído em outra taxa, o Terminal Handling Charge (THC), e que sua cobrança constituiria infração à ordem econômica, não se coadunando com os deveres da Antaq. Assim, julgou haver desvio de finalidade no ato de expedição da Resolução Antaq 72/2022 e determinou à Antaq que anulasse todos os dispositivos da norma que dizem respeito à possibilidade de cobrança do SSE. Ainda, determinou cautelarmente a suspensão dos efeitos de todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do SSE.

Tais determinações foram contestadas em grau de recurso pela Antaq.

Diferente escopo tem o processo do qual sou relator, o TC 020.789/2023-8, que trata de auditoria operacional realizada pela Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Portuária e Ferroviária desta Corte (AudPortoFerrovia) e avaliou a regulação e a fiscalização exercida pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) sobre a prestação do serviço portuário de cargas transportadas em contêineres.

No processo sob minha condução, a equipe de auditoria aprofundou os estudos sobre o Serviço de Segregação e Entrega ou Terminal Handling Charge 2 (THC2). Adicionalmente, tratou de outras relevantes questões, como a taxa relativa à guarda transitória e armazenagem, o desembaraço de cargas sobre águas, a cobrança de armazenagem *ad valorem* sobre o valor da carga, o desenvolvimento de indicadores de qualidade de serviço pela Antaq, além da regulamentação pela Agência de metodologia de avaliação de denúncias acerca de preços excessivos ou abusivos.

A discussão acerca do SSE ganhou ainda novo capítulo, com recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que teria assentado a ilegalidade *per si* da cobrança dessa taxa. Em direção contrária, a Antaq juntou memoriais em que afirma ser uma decisão restrita às partes daquele caso concreto, sem qualquer efeito vinculante.

Voltando ao caso em apreciação, ao examinar o voto ofertado por Sua Excelência, o Ministro Augusto Nardes, vejo que ele respeita sobretudo a posição já adotada pelo Colegiado do TCU, por meio do Acórdão 1.448/2022-Plenário.

Devo consignar que não participei daquela votação e que tenho ressalvas quanto aos limites da atuação desta Corte de Contas naquele caso e em outros afetos à competência regulatória das agências reguladoras.

De fato, entendo que esta Casa deve fazer valer sua jurisprudência no sentido de limitar o controle externo exercido sobre as atividades finalísticas das agências a uma atuação de segunda ordem, sempre privilegiando a expertise e a competência regulatória primária dessas autarquias especiais.

Apesar dos indícios de abusividade nos valores cobrados, se o SSE constitui um serviço efetivamente prestado, penso que a pura e simples proibição da cobrança não parece ser a melhor solução. A meu sentir, a alternativa mais adequada seria adotar entendimento que permita à Antaq regular a matéria, ainda que o TCU fiscalize os limites e contornos que legalmente se impõem.

Apesar disso, por deferência ao entendimento adotado pelo TCU e resguardando a possibilidade de análise da matéria que a mim foi submetida no relatório de auditoria a que fiz referência, acato a posição externada por este Colegiado e acompanho o Relator para conhecer do presente pedido de reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento.

TCU, Sala das Sessões, em 4 de setembro de 2024.

JORGE OLIVEIRA
Ministro

ACÓRDÃO Nº 1825/2024 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 021.408/2019-0.
- 1.1. Apenso: TC 015.453/2020-0; TC 012.249/2019-0
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame (Denúncia).
3. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).
4. Unidades Jurisdicionadas: Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Ministério de Portos e Aeroportos.
5. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos).
8. Representação legal: Pedro Gomes Miranda e Moreira (275.216/OAB-SP), entre outros, representando a Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (Abratec); Fabiano Augusto Martins Silveira (31.440/OAB-DF), representando a Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda.; Daniel Gustavo Santos Roque (31.195/OAB-SP), entre outros, representando a Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Renata de Almeida Faria (306.943/OAB-SP), entre outros, representando a Associação dos Usuários dos Portos do Rio de Janeiro (Usupport-RJ); Maria Carolina Feitosa de Albuquerque Tarelho (42.139/OAB-DF), representando a Associação de Terminais Portuários Privados; Eduardo Rodrigues Lopes (29.283/OAB-DF), entre outros, representando a Associação de Usuários dos Portos da Bahia.

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido estes autos de denúncia em que, nesta fase processual, é apreciado pedido de reexame contra o Acórdão 1.448/2022-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

- 9.1. conhecer do presente pedido de reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento; e
- 9.2. dar ciência deste acórdão ao recorrente.

10. Ata nº 36/2024 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2024 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1825-36/24-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO NARDES
Relator

Fui presente:

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