

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 40.087 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS DE CONTEINERES - ABRATEC
ADV.(A/S)	: GUSTAVO BINENBOJM
ADV.(A/S)	: ALICE BERNARDO VORONOFF
ADV.(A/S)	: RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ
ADV.(A/S)	: ANDRÉ RODRIGUES CYRINO
INTDO.(A/S)	: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
INTDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de agravo regimental interposto pela União contra decisão mediante a qual, em juízo de retratação, concedi a segurança pleiteada para anular o ato coator (Acórdão nº 1.825/24 do TCU) e, por extensão, a deliberação do TCU, restabelecendo-se a plena eficácia da Resolução ANTAQ nº 72/22.

Em síntese, a argumentação da agravante gira em torno dos seguintes eixos: a) a atuação do TCU ao anular dispositivos da Resolução ANTAQ nº 72/22 relativos à possibilidade da cobrança do serviço de segregação e entrega de contêineres (SSE/TCH-2) teria sido legítima, na medida em que o Tribunal teria agido dentro de suas competências para fiscalizar a exploração dos portos e instalações portuárias; b) o reconhecimento de tal nulidade estaria amparado em motivos relevantes, de cunho material e formal (nesse contexto, a agravante faz alusão à constatação de desvio de finalidade, sobreposição de tarifas, consequências econômicas na cadeia logística e falhas procedimentais); c) o TCU já teria reconhecido a ilegalidade do SSE/TCH-2 em outros

MS 40087 AGR-TERCEIRO / DF

precedentes (Acórdão nº 1.704/2018-TCU-Plenário e Acórdão nº 1.439/2016-TCU-Plenário); d) o ato impugnado seria insindicável, já que teria sido demonstrada a legitimidade da atuação do TCU.

Julgo que os argumentos trazidos no agravo regimental são insuficientes para reformar a decisão agravada. Nessa toada, peço vênia para reproduzir os fundamentos que utilizei, com as devidas adaptações e ligeiros acréscimos.

De início, faço breve retomada do caso.

Na espécie, a impetrante, Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres (ABRATEC), apontou como ato coator o acórdão mediante o qual o TCU negou provimento a pedido de reexame interposto pela ANTAQ (Acórdão nº 1825/2024-TCU-Plenário) e, assim, manteve acórdão anterior (Acórdão nº 1448/2022-TCU-Plenário) no qual determinou que: a) a agência anulasse todos os dispositivos da Resolução nº 72/22 que dissessem respeito à possibilidade da cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE, também conhecido como TSE ou THC-2), em razão de suposto desvio de finalidade; b) fossem suspensos, cautelarmente, os efeitos dos referidos dispositivos.

O ato coator, como se nota, atingiu, direta e imediatamente, como bem sustentou a impetrante, os interesses de seus representados. Com efeito, **o acórdão atacado, ao cabo, impediu que os operadores de terminais de contêineres cobrassem o SSE, previsto na Resolução nº 72/22 da ANTAQ.**

Conforme as asserções da ABRATEC, **o ato coator não adveio da atuação ordinária da Corte de Contas, mas de sua atuação como se fosse regulador do setor, atingindo direito dos operadores de terminais.** Resumidamente, a impetrante sustentou que o TCU, ao praticar o ato coator, excedeu manifestamente suas competências e invadiu espaço regulamentar privativo da ANTAQ, violando, direta e imediatamente, o direito de cobrança do SSE pelos operadores de terminais portuários.

Para a boa compreensão do assunto, convém retomar parte da evolução da regulação do setor.

EVOLUÇÃO REGULATÓRIA DO SETOR

Historicamente, a questão tem forte conexão com a Resolução nº 1.967/11, que aprovou a proposta de norma, previamente acolhida pela Diretoria Colegiada da ANTAQ, para estabelecer parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados. A proposta em questão constou do anexo da citada resolução. Dois importantes conceitos estavam previstos: o de **Box Rate** e o de **Terminal Handling Charge (THC)**.

Pela minuta de regulação em tela, o **Box Rate** consistia, no caso de exportação, no preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque; e, no caso de importação, no preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, considerando-se, nesse caso, a inexistência de cláusula contratual que determinasse a entrega no portão do terminal. Note-se, portanto, que o **Box Rate-importação** não contemplava serviços de movimentação de carga posteriormente a sua colocação na pilha do terminal portuário.

A proposta de norma estabelecia que os serviços contemplados pelo **Box Rate** seriam aqueles prestados pelo operador portuário, na condição de contratado da empresa de navegação, mediante remuneração livremente negociada e estabelecida em contrato de prestação de serviços.

Em relação ao **THC**, a proposta de norma estabelecia que ele consistia, no caso de exportação, no preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque; e, no caso de importação, no preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário. Vale, aqui, observação análoga à anterior:

o **THC-importação** não tinha conexão com serviços de movimentação de carga posteriormente a sua colocação na pilha do terminal portuário.

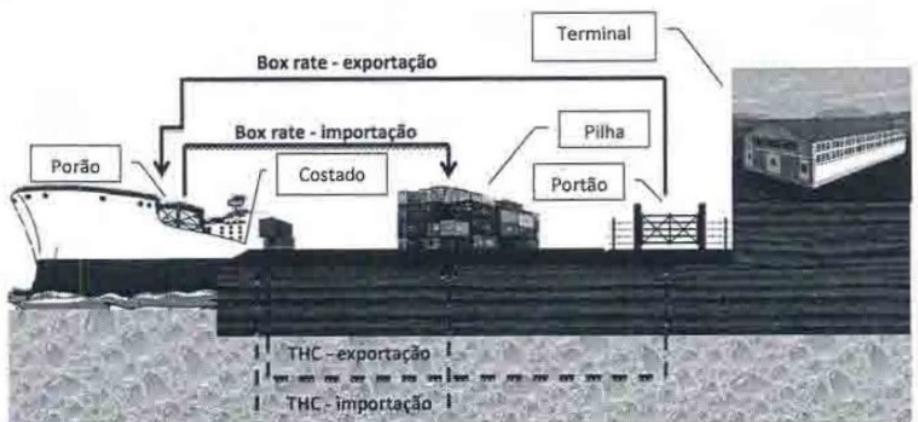
A referida proposta estipulava que o **THC** era cobrado pela empresa de navegação diretamente do exportador, importado ou consignatário, a título de ressarcimento das despesas portuárias com a movimentação das cargas pagas ao operador portuário.

Em suma, o que se tinha quanto às rubricas acima era: a) o operador portuário cobraria da empresa de navegação o **Box Rate**, que contemplava não só a movimentação vertical das cargas (grosso modo, carga/descarga da embarcação), mas também a movimentação horizontal delas em terra entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória até o momento do embarque, no caso de exportação; ou entre o porão da embarcação e a pilha do terminal portuário, no caso de importação, considerando-se, nesse caso, a inexistência de cláusula contratual que determinasse a entrega no portão do terminal; b) a empresa de navegação cobraria o **THC** do exportador, importador ou consignatário, a título de ressarcimento das despesas pagas ao operador portuário com a movimentação horizontal de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, no caso de exportação; ou entre o costado da embarcação e a pilha do terminal portuário, no caso de importação.

Como se nota, no caso de importação, **nem o Box Rate nem o THC abrangiam os serviços posteriores à colocação das cargas na pilha do terminal portuário. Não abarcavam, assim, o serviço de segregação e entrega de contêineres.**

A figura abaixo, elaborada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda (Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/COGTL/SEAE/MF, de 23 de maio de 2011), deixa claro esse quadro:

Figura 1 – Fluxos de movimentação de contêineres e volumes



Fonte: Seae, elaboração própria.



A proposta de norma regulatória ainda rezava que os serviços não contemplados pelo **Box Rate**, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, deviam obedecer às condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos fixados pela autoridade portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento. Havendo conflito, a proposta de norma estipulava que a autoridade portuária arbitraria o preço dos serviços que não estivessem contemplados em tabela nem previstos em contrato.

É importante considerar que, conforme notícias, a Diretoria Colegiada da ANTAQ não adotou, na formulação da proposta de norma regulatória, os conceitos de **Box Rate** e **THC** que um grupo de trabalho havia sugerido. Para essa equipe, o **Box Rate** deveria contemplar os serviços de movimentação de carga entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação na exportação, e **vice-versa na importação**, até **sua entrega ao importador ou consignatário ou a um recinto alfandegado**. E o **THC** deveria contemplar os serviços de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação no caso de exportação, e **vice-versa no caso de importação**,

até sua entrega ao importador ou consignatário ou a um recinto alfandegado.

Como se nota, a Diretoria da ANTAQ fez, no âmbito de sua competência, uma opção entre as alternativas disponíveis para tratar do problema regulatório e elaborar a proposta de regulação. Adotou, em suma, a posição de que os serviços de movimentação de cargas a que fazem referência o Box Rate e o THC, no caso de importação, finalizam na colocação delas na pilha do terminal portuário, não abrangendo, assim, o Serviço de Segregação e Entrega (SSE). A escolha não foi arbitrária, tendo sido apoiada nos elementos constantes dos autos do processo administrativo, no posicionamento da Diretoria em casos concretos anteriores¹, bem como na autoridade epistêmica e na experiência da autarquia. Isso se depreende do voto proferido pelo Relator, Diretor Tiago Pereira Lima. Vale realçar que, até o momento da opção, haviam sido colhidas diversas manifestações de dezenas de associações, sindicatos e empresas relacionadas com o setor².

A proposta de norma acolhida pela Diretoria Colegiada da autarquia, inserida na Resolução nº 1.967/2011, foi submetida à audiência pública. Feita a audiência pública e analisadas as diversas contribuições de melhoria elaboradas por vários atores relacionados ao setor³, inclusive

¹ Nesse sentido: Processo nº 50300.00159/2002, ACÓRDÃO-13-2010-ANTAQ. Disponível em: <https://sophia.antaq.gov.br/Terminal/Busca/Download?codigoArquivo=6237&tipoMidia=0> . Acesso em: 25 set. 2025.

² O Diretor-Geral Substituto da ANTAQ havia encaminhado ofícios a diversos atores, a seguir listados, relacionados com o setor a ser regulado para participarem de reunião como o citado grupo de trabalho: Associação de Comércio Exterior do Brasil (AEB), Associação Nacional dos Usuários de Transporte de Carga (ANUT), Associação dos Usuários dos Portos da Bahia (USUPORT), Conselho de Exportadores de Café (CECAFÉ), Companhia Libra de Navegação, Aliança Navegação e Logística Ltda., Mercosul Line Navegação e Logística Ltda., Log In Logística Intermodal, MSC - Mediterranean Shipping Company S.A., CMA CGM, Associação Brasileira de Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC), ZIM, Sindicato Nacional das Empresas de Navegação Marítima (SYNDARMA), Santos Brasil Tecon, Multiterminais Alfandegados do Brasil Ltda., Sepetiba Tecon S.A, Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí (TECONVI), Terminal de Vila Velha S.A, Tecon Suape S.A, Grupo Wilson Sons, Grupo Rodrimar, Grupo Libra, Presidente da ABRATEC e Presidente do TECONDI.

³ Foram recebidas contribuições das seguintes entidades, órgãos públicos ou pessoas físicas: Fabio Stacke Silva, Stockler Comercial e Exportadora Ltda, Roberto Padilha, Lenivam Serviços de Comércio Exterior Ltda, SYNDARMA, CECAFÉ, Confederação Nacional da Indústria (CNI), Jorge Oliveira, Associação

MS 40087 AGR-TERCEIRO / DF

sobre as definições de **Box Rate** e **TCH**, o processo voltou para o Diretor Relator. Sua Senhoria votou por **manter aquela opção atinente a essas rubricas**, fazendo ligeiros ajustes em alguns pontos da proposta de norma. Por ser esclarecedor, transcrevo trecho de seu voto:

“Ao verificarmos o processo de exportação, constata-se que os contêineres [] são previamente arrumados no pátio do terminal em pilhas de exportação, separados por escala da embarcação, faixa de peso, porto de destino, além de outros atributos inerentes ao tipo de carga, inerentes aos tipos de contêiner ou necessidade de instalações de apoio a bordo, entre outras condicionantes. Esse processo de pré-embarque ou ‘*pre-stacking*’, é realizado alguns dias antes da atracação da embarcação no terminal, através de intenso processo de troca de informações por via eletrônica (EDI) entre armador e operador portuário. Sofisticados *softwares* permitem a otimização da formação das pilhas de sorte a minorar as movimentações necessárias ao embarque de um determinado lote de contêineres. O prazo necessário à formação das pilhas de pré-embarque é estabelecido de comum acordo entre armador e operador portuário, dependendo da logística de ambos, de suas estratégias comerciais bem como da disponibilidade de capacidade de armazenamento do terminal portuário.

A operação de embarque de exportação se inicia quando o terminal se prepara para receber os contêineres informados pelo armador[]dias antes da atracação da embarcação, com a interação de armador e operador na formação das pilhas de

Brasileira da Indústria Química (ABIQUIM), Centro Nacional de Navegação Transatlântica (CNNT), Associação Comercial de Santos Consórcio Eadi Salvador, ANUT, Sindicato do Comércio Atacadista das Empresas de Café do Estado de São Paulo, Ass. Empresas Permissionárias Reg. Aduaneiro do Estado do Espírito Santo (APRA), Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), Centro Nacional de Navegação (CENTRONAVE), Fed. Do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FECOMÉRCIO), USUPORT, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda., Ana Paula Martins e ABRATEC.

MS 40087 AGR-TERCEIRO / DF

pré-embarque, tudo em benefício do aumento da produtividade e finaliza-se no dia da atracação, com o desempilhamento dos contêineres na ordem previamente estabelecida, em conformidade com o plano de carregamento do navio, transporte para o constado em veículos do terminal (utilização de carretas rodoviárias, ou tratores de terminal), içamento dos contêineres e sua colocação a bordo em posição estabelecida pelo armado. Com isso, o embarque é concluído, é oficializada a troca de responsabilidade sobre a carga entre o armador e o terminal portuário.

Na importação o processo de descarga dos contêineres se inicia após a atracação da embarcação, que vai se desenvolvendo concomitantemente com a retirada dos contêineres de bordo. Os contêineres são transportados até a pilha de descarga e posicionados de forma que se permita a rápida liberação do veículo de transporte para voltar ao costado iniciando outro ciclo (utilização de 'reach stackers' ou RTGs). Tudo sem interferência de outros intervenientes que não o armador e o operador portuários.

Em seguida inicia-se a relação entre o operador portuário e o importador, diretamente ou através de um recinto alfandegado de sua exclusiva escolha. Várias são as possibilidades de serviço que podem ser prestadas pelo operador portuário em atendimento à logística que o importador considere mais conveniente para o processo de nacionalização de sua carga. A carga pode ser nacionalizada no próprio terminal e despachada para consumo, pode ser segregada para formação de comboios de trânsito aduaneiro alfandegado (DTA), pode ser segregada como DTA pátio, pode ser encaminhada para processo de armazenagem em armazéns portuários, pode ser posicionada para conferência aduaneira (parcial ou com desova total) ou de outros órgãos eventualmente envolvidos na liberação da carga (Ministério da Agricultura, ANVISA e Polícia Federal).

Não há nesse processo qualquer participação ou responsabilidade do armador. Portanto essa etapa do ciclo da importação não pode fazer parte do 'box rate', pois além dos motivos já elencados e de não ter nenhuma relação com a operação de carga/descarga da embarcação, ficaria inviável precisar um valor único quando existem várias opções operacionais com custos diferenciados entre si que dependem da vontade de terceiros.

Propomos a Diretoria que no inciso VI do artigo 2º conste que a abrangência dos serviços que compõem o 'box rate' na exportação seja do portão do terminal ao porão da embarcação, e que a abrangência dos serviços que compõem o 'box rate' na importação seja do porão da embarcação até sua colocação na pilha do terminal.

'Liner Terms' é a forma internacionalmente adotada na contratação de fretes marítimos de contêineres. Nela está incluída as despesas com serviços portuário prestados a bordo, até o posicionamento da carga ao costado da embarcação ou vice versa. Como o relacionamento entre o armador e operador é ampliado através do 'box rate' de modo a incorporar serviços indispensáveis à otimização do processo de carga e descarga da embarcação, principal atividade do terminal portuário, torna-se necessária a correta caracterização desses serviços não incluídos no frete liner terms, de forma que o armador possa se ressarcir desses custos, devido em última análise pelo exportador e importador.

O 'Terminal Handling Charge - THC' é amplamente usada em todo mundo como forma de caracterizar tais despesas pagas pelo armador ao operador portuário, mas não inclusas no frete marítimo. Da mesma forma, julgo conveniente que se reescreva o inciso VII do artigo 2º para caracterizar que os serviços que compõem o custo resarcitivo do 'THC' sejam aqueles contidos no 'box rate' excluídos os

serviços realizados a bordo da embarcação e a movimentação vertical entre costado e bordo com a utilização de aparelhos portuários.

(...)

Proponho a Diretoria que a norma deva ser aperfeiçoada de forma a deixar claro, que o serviço de entrega das cargas, posterior a formação das pilhas de importação, portanto, deva ser excluído do THC, pelas razões relatadas."

A Diretoria Colegiada aprovou a minuta de regulação que o Relator⁴ havia proposto e foi editada a Resolução nº 2.389/12, com a regulação em anexo⁵.

⁴ ANTAQ. Ata da 309^a reunião ordinária da Diretoria da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ. Disponível em: <https://sophia.antaq.gov.br/Terminal/Busca/Download?codigoArquivo=7835&tipoMidia=0>. Acesso em: 25 set. 2025.

⁵ Vide os seguintes dispositivos do anexo da Resolução nº 2389/2012: "Art. 2º Para os efeitos desta Norma considera-se: | (...) VI- Cesta de Serviços (Box Rate): preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre empresa de navegação e operador portuário, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação; | VII- Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): resarcimento do preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre empresa de navegação e operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação; | (...) | Art. 3º A Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC) poderá ser cobrada pela empresa de navegação, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de resarcimento das despesas discriminadas no inciso VII do art. 2º, assumidas com a movimentação das cargas e pagas ao operador portuário. | Art. 4º Os serviços contemplados na Cesta de Serviços (Box Rate) são realizados pelo operador portuário, na condição de contratado da empresa de navegação, mediante remuneração livremente negociada, estabelecida em contrato de prestação de serviço ou divulgada em tabela de preços e serviços. | Art. 5º Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão as condições de prestação e remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento. | § 1º- A autoridade portuária, em caso de conflito, arbitrará o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em contratos. | § 2º- A tabela de preços de serviços disporá, necessariamente, sobre os valores máximos dos serviços não contemplados pelo Box Rate entre o porão da embarcação e o portão do terminal ou vice-versa. | (...) | Art. 9º O serviço de entrega de cargas na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são resarcidas por meio do

Destaca-se que, em relação ao **Box Rate-exportação** e ao **THC-exportação**, ficou esclarecido que a guarda transitória das cargas contemplada por esses preços deveria ser aquela pelo prazo contratado entre a empresa de navegação e o operador portuário. O art. 9º do anexo previu, expressamente, que “**o serviço de entrega das cargas no caso de importação não faz parte dos serviços remunerados pelo Box Rate nem daqueles cujas despesas são resarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso**” (grifo nosso). O parágrafo único desse artigo previu a **competência da autoridade portuária para, quando fosse o caso, estabelecer o preço máximo a ser cobrado por esses serviços**.

Como se nota, a ANTAQ não proibiu que os contratos firmados entre os envolvidos estabelecessem que o **Box Rate** e o **THC**, no caso de importação, contemplariam os serviços de segregação e entrega das cargas. O propósito da norma em comento foi fazer com que prevalecesse essa previsão contratual, caso existisse, observada a possibilidade da fixação do preço máximo pela autoridade competente.

As discussões em torno das rubricas continuaram após a primeira regulação.

Só para citar alguns exemplos, houve entidade⁶ que apresentou à ANTAQ pedido de revisão da resolução, sustentando que os serviços contemplados pelo **Box Rate-importação** deveriam finalizar na entrega das cargas no portão do terminal portuário e que essa seria uma prática comercial mundo afora. Quanto ao **THC**, a referida entidade alegou que, da forma como ele foi previsto, ficava permitida a cobrança em separado de outras taxas ou serviços pelos operadores portuários, contrariando os usos e costumes comerciais. Nisso se incluiria a cobrança do **SSE**, o que geraria conflitos e dificuldades práticas.

No CADE, houve instauração de processos administrativos para

THC, salvo previsão contratual em sentido diverso. | Parágrafo Único – A Autoridade Portuária, quando for o caso, estabelecerá o preço máximo a ser cobrado por esses serviços.

⁶ Centro Nacional de Navegação Transatlântica (CENTRONAVE).

MS 40087 AGR-TERCEIRO / DF

apurar suposto abuso de posição dominante no mercado de armazenagem alfandegada em portos brasileiros, tendo presente a cobrança do SSE (**vide**, v.g., processos administrativos nºs 08012.001518/2006-37, 08012.003824/2002-84, 08012.009690/2006-39 e 08012.005422/2003-03). No TCU, a cobrança do SSE foi debatida no TC 014.624/2014-1, tendo o Tribunal de Contas determinado que a ANTAQ revisasse a resolução para adequá-la à Lei nº 12.815/13, que trouxe novo marco regulatório do setor, bem como aos pareceres da área técnica da agência e à decisão de 2005 do CADE pela ilegalidade da cobrança do SSE pelo Porto de Santos.

De outro giro, houve aqueles que se posicionaram pela manutenção daquela resolução, especialmente quanto à possibilidade da cobrança do SSE. Assim, por exemplo, a consultoria Terra firma⁷ argumentou que o SSE consumiria recursos do terminal portuário, geraria valor econômico aos usuários e não estaria incluso no **Box Rate** nem no THC. Além disso, para ela, a determinação de que o SSE deveria ser remunerado pelos valores do **Box Rate** negociados entre operadores portuários e armadores geraria ineficiências regulatórias, econômicas e operacionais. Ademais, não existiria um sentido unívoco no mundo quanto aos serviços que deveriam ser contemplados pelo **Box Rate**. Por exemplo, terminais portuários em Hamburgo (Eurogate), Jabel Ali (DP World) e Mumbai (DP World) incluíam nessa importância a descarga do navio, o transporte ao pátio e o empilhamento, mas não a entrega das cargas a caminhão dentro ou fora do **gate**. Já o **Box Rate** cobrado por terminais em Los Angeles (APM), Gioia Tauro (Eurogate) e Buenos Aires (APM) abrangia essa entrega.

⁷ A consultoria Terra firma pontou que o SSE já existia antes mesmo dos primeiros terminais arrendados: no Porto de Santos, a CODESP cobrava pelo serviço de entrega dos contêineres de acordo com a chamada tabela M. Na época, contudo, disse a consultoria, os recintos alfandegados não costumavam contestar a cobrança, na medida em que, embora ouve a possibilidade de armazenagem de contêineres no pátio público da CODESP, o número de contêineres a ele direcionado era irrisório paós o surgimento dos recintos alfandegados. Não havia, na época, segundo a consultoria, concorrência entre a CODESP e esses recintos. Contudo, com a entrada dos operadores portuários privados, a competição pelo mercado de armazenagem das cargas tornou-se efetiva, passando o SSE a ser questionado.

Aquele pedido de revisão, os intensos debates sobre as rubricas, a referida determinação do TCU (TC 014.624/2014-1) e o advento da Lei nº 12.815/13, que reforçou o papel regulador da autarquia, impulsionaram o processo de reexame da Resolução nº 2.389/12.

Em 2015, a Superintendência de Regulação, Gerência de Regulação Portuária (GRP) da ANTAQ emitiu nota técnica propondo a revisão daquela resolução (Nota Técnica nº 48/2015/GRP). Sugeriu o órgão que os serviços atinentes ao **Box Rate** e ao **THC**, no caso de importação, fossem até a entrega das cargas ao importador, consignatário ou recinto alfandegado, incluída a guarda transitória (**free time**). Insta destacar que o **item IV da nota técnica em questão tratou da análise das alternativas regulatórios e de seus impactos (§§ 108 a 159)**.

Na 396^a Reunião Ordinária da Diretoria (ROD) da autarquia, o Diretor Relator, Fernando José de Pádua Costa Fonseca, votou pela aprovação da proposta de norma elaborada pela GRP, para fins de submetê-la a consulta e audiência pública. Ao longo de seu voto, enfatizou que a GRP, nos §§ 108 a 159 daquela nota técnica (Nota Técnica nº 48/2015/GRP), discutiu a revisão da Resolução ANTAQ nº 2.389/12 “nos moldes de uma análise de impacto regulatório (AIR), culminando com a apresentação da redação dos dispositivos da nova norma e respectivas justificativas técnicas” (grifo nosso). Depois do voto do Diretor, houve pedido de vista.

Após algumas ocorrências e mudanças na composição da Diretoria, o processo de revisão da Resolução nº 2.389/12 retornou à deliberação. O Diretor Francisval Mendes aduziu, de início, que o processo estava “absolutamente maduro” para decisão, ressaltando que ficou caracterizada “propriamente uma Análise de Impacto Regulatório-AIR”, e acompanhou o voto do então Diretor-relator na 396^a ROD quanto a tal assunto. Superada essa questão, ele votou pela aprovação da proposta de resolução contida na minuta SEI nº 0497118, **que matinha, com alguns poucos ajustes, a opção tradicional da agência de que os serviços atinentes ao Box Rate e o THC, no caso de importação, deviam**

finalizar na colocação das cargas na pilha do terminal portuário. De acordo com Sua Senhoria, a segregação de contêineres nos portos brasileiros “é realizada de forma que altera o processo de logística dos termais, acarretando custos não cobertos pelo *box rate*”. Esclareceu o Diretor que esse serviço “envolve uma organização extraordinária dentro do terminal, que é realizada exclusivamente no interesse do dono da carga, mudando o carrossel das atividades feitas no terminal em relação à armazenagem” (e-doc. 164). Naquela minuta, também havia a sugestão de, na linha do fortalecimento do papel regulador da autarquia, trocar as referências à autoridade portuária por alusões à própria ANTAQ. O Diretor Mário Povia acompanhou, na íntegra, o voto proferido pelo Diretor Francisval Mendes.

Como se nota, a Diretoria Colegiada da ANTAQ reafirmou seu posicionamento histórico quanto à essência dos conceitos de Box Rate e TCH e à possibilidade de cobrança do SSE.

A proposta de resolução contida na minuta SEI nº 0497118 foi levada à audiência pública. Foi recebida uma centena e meia de contribuições de dezenas de atores relacionados ao setor, muitas buscando alterar os conceitos de **Box Rate** e **THC**, a fim de impedir a cobrança do **SSE**. Novas minutas foram propostas, inclusive sugerindo-se a fixação, em resolução, de preço-teto para o serviço de entrega imediata expressa ou prioritária (**vide** documentos SEI nº 0667535 e 0667537). O processo retornou para a deliberação da Diretoria Colegiada.

Os diretores da ANTAQ votaram pela aprovação, com ajustes, da proposta (documento SEI nº 0762511) que mantinha a tradicional escolha da agência quanto à essência dos conceitos de Box Rate e THC, permitindo a cobrança do SSE (salvo previsão contratual em sentido diverso). O texto aprovado ainda **disciplinou as práticas abusivas ou lesivas à concorrência em capítulo próprio** e previu que, havendo verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a própria ANTAQ podia estabelecer o preço máximo a ser cobrado, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem

MS 40087 AGR-TERCEIRO / DF

utilizados para sua definição. Inexiste dúvida de que, com a nova regulação, a autarquia adequou-se àquela determinação do TCU (TC 014.624/2014-1), inclusive no que diz respeito à defesa da concorrência.

A regulação aprovada foi incluída no anexo da Resolução Normativa nº 34/19.

Em razão do advento do Decreto nº 10.139/19, que determinou a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decretos editados por órgãos e entidades da Administração Pública, a ANTAQ editou a Resolução nº 72/22⁸. Resumidamente, foram preservados os

⁸ "Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se: | (...) III - Cesta de Serviços (Box Rate): preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o usuário, o transportador marítimo, ou seus representantes, e a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação; ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação;(REDAÇÃO DADA PELA RESOLUÇÃO 101, DE 23/06/2023) | (...) IX - Serviço de Segregação e Entrega de contêineres (SSE): preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção 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; (Suspenso pelo Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, de 22 de junho de 2022, efeitos a partir de 29/07/2022) | X - taxa de movimentação no terminal ou Terminal Handling Charge (THC): preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação; e | (...) | Art. 5º Os serviços não contemplados na cesta de serviços ou box rate e os serviços de armazenagem, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade da instalação portuária ou dos operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas, devendo os valores máximos serem previamente divulgados em tabelas de preços, observadas as condições comerciais estabelecidas no contrato de arrendamento e nas normas da ANTAQ, vedadas as práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência. | § 1º A ANTAQ, em caso de conflito, poderá arbitrar o preço dos serviços que não estão contemplados em tabela, nem previstos em normas e contratos. | § 2º A tabela de preços disporá, necessariamente, sobre os valores máximos dos serviços não contemplados na cesta de serviços ou box rate entre o porão da embarcação e o portão do terminal ou vice-versa, nas seguintes condições: | I - as instalações portuárias divulgarão em seu sítio eletrônico e em local visível nos acessos do terminal, com antecedência mínima de trinta dias antes do início da vigência, os valores máximos dos preços, bem como a descrição detalhada dos serviços passíveis de serem cobrados perante os usuários, incluindo as normas de aplicação, franquias e isenções, se houver; | II - as tabelas de preços atualizadas serão encaminhadas à ANTAQ com antecedência mínima de trinta dias da data da mudança de valores, da alteração nos descritivos dos serviços ou da inclusão, junção ou exclusão de serviços, quando ocorrer, para avaliação; e | III - a ANTAQ emitirá instruções específicas para a recepção centralizada e por meio de formulário eletrônico das tabelas de preços. | Art. 7º (...) | § 1º Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque de cargas não

conceitos de **Box Rate**, **THC** e **SSE**, as previsões sobre a possibilidade de cobrança dessas rubricas, bem como as normas relativas à defesa da concorrência e à competência da própria ANTAQ para estabelecer preço máximo do **SSE** no caso de verossimilhança de que exista abuso ilegal em sua cobrança.

Cabe realçar que, durante a tramitação do processo que culminou na Resolução nº 72/22, o CADE emitiu a Nota Técnica nº 17/2022/DEE/CADE reconhecendo a inexistência de motivos para considerar a cobrança do **SSE**, por si só, ilícita (e-doc. 160). Pouco depois, o CADE e a ANTAQ, em diálogo institucional, firmaram o Memorando de Entendimento nº 01/21, de 17 de junho de 2021, reconhecendo que o **SSE** é, abstratamente, lícito e que é possível o controle de eventuais práticas abusivas caso a caso (e-doc. 161). Nesse documento, a ANTAQ se comprometeu a editar metodologia para identificação de abusividade na cobrança do **SSE**, para apuração de denúncias na agência, a ser elaborada com o auxílio do CADE.

FUNDAMENTOS DO TCU PARA A DETERMINAÇÃO DA ANULAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DA RESOLUÇÃO Nº 72/22 DA ANTAQ QUE TRATAM DO SSE

A Subprocuradora-Geral da República, ao opinar pela concessão da ordem, resumiu bem os fundamentos dos quais o TCU se utilizou para

nacionalizadas, é permitida 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. (Suspensos pelo Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, de 22 de junho de 2022, efeitos a partir de 29/07/2022) | (...) | Art. 8º São consideradas práticas abusivas ou lesivas à concorrência, no âmbito desta Resolução e da Resolução que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários, as que tem por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) Art. 9º O **SSE** na importação não faz parte dos serviços remunerados pela cesta de serviços ou box rate, nem daqueles cujas despesas são resarcidas por meio do **THC**, salvo previsão contratual em sentido diverso. (Suspensos pelo Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, de 22 de junho de 2022, efeitos a partir de 29/07/2022) | Parágrafo único. No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do **SSE**, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição. (Suspensos pelo Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, de 22 de junho de 2022, efeitos a partir de 29/07/2022)."

determinar que a ANTAQ anulasse os dispositivos da Resolução nº 72/22 que dissessem respeito à possibilidade de cobrança do SSE.

Como apontou Sua Excelência, o Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, confirmado no Acórdão nº 1.825/2024-TCU-Plenário, foi embasado em fundamentos de ordem operacional e de natureza concorrencial.

De acordo com o **Parquet**, quanto aos fundamentos do primeiro tipo, a Corte de Contas levou em consideração os diversos serviços prestados pelo operador portuário no trato da carga da embarcação até sua entrega ao importador e a correlação entre esses serviços e aqueles relativos à exportação. Nesse contexto, destaco que o Ministro Relator do Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário levou em conta as ideias de que inexistiria cobrança do SSE em outros portos no mundo e de que a rubrica já estaria incluída no **THC**. Quanto aos fundamentos de ordem concorrencial, o seguinte trecho do voto de Sua Excelência resume-os adequadamente:

“99. Nesse contexto aqui descrito, assinalo que a cobrança de SSE dos recintos alfandegados independentes 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 uma 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.”

Com esse que nos fundamentos em questão, o TCU concluiu que, nos dispositivos da Resolução nº 72/22 atinentes à possibilidade de cobrança do SSE, houve desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelecem o art. 36, incisos I e IV, da Lei nº 12.529/11; o art. 4º, inciso I, da Lei nº 13.874/19 e os arts. 20, inciso II, alínea **b**; e 27, inciso IV, da Lei nº 10.233/01.

Foram, assim, suspensos o inciso IX do art. 1º da Resolução nº 72/22, que conceitua o SSE; o § 1º do art. 7º, que permite a cobrança do SSE; o **caput** do art. 9º, que estipula que o SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pelo **Box Rate** nem daqueles cujas despesas são resarcidas pelo THC (salvo previsão contratual em sentido diverso); e o parágrafo único do art. 9º, que previu a competência da ANTAQ para estabelecer preço máximo para o SSE, se demonstrada a verossimilhança de existência de cobrança abusiva.

Os argumentos de ordem operacional e de natureza concorrencial acima citados não se compatibilizam com o posicionamento histórico da ANTAQ ou com a orientação do CADE sobre a cobrança do SSE em termos abstratos, entidades que detêm autoridade epistêmica em relação às respectivas áreas de atuação.

COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E SEUS LIMITES

No IX Encontro Nacional dos Tribunais de Contas, tive a oportunidade de tecer considerações sobre o controle dos serviços públicos. Replico, aqui, por serem pertinentes, algumas palavras que proferi.

Vivemos em uma república democrática. Os recursos públicos são, portanto, do povo, que os utiliza para concretizar o projeto de sociedade desejado. É essencial decidir, portanto, como e onde os recursos públicos serão alocados, o que inclui escolher quais políticas e serviços públicos serão contemplados. Nesse contexto, tem o povo o direito, de caráter essencial, de controlar não só os recursos públicos, mas também as

próprias políticas e serviços públicos com eles financiados.

É bem por isso que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou o direito da sociedade de pedir contas a todo agente público por sua administração. É por isso que nossa Constituição incluiu no rol dos princípios constitucionais sensíveis, cuja violação é capaz de ensejar intervenção federal, a prestação de contas da administração pública direta e indireta (art. 34, inciso VII, alínea d). Em poucas palavras, não existe república ou democracia sem controle.

Entre as diversas formas de controle, nossa Constituição Federal dá especial ênfase ao nobre controle externo levado a cabo pelo poder legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas. Esse controle abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes públicos e de suas entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas.

Existem duas vertentes nesse controle externo. A primeira tem caráter político, sendo efetuado propriamente pelas casas legislativas. A segunda tem caráter técnico, sendo realizada com o auxílio dos tribunais de contas. Classicamente, essas cortes têm atribuições, entre outras: a) parajudiciais (julgam contas de administradores e responsáveis e apreciam legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria); b) fiscalizadoras; c) e de cunho técnico-opinativo.

No Estado Social e Democrático de Direito, cada vez mais, tem ganhado importância a atuação das cortes de contas no que diz respeito à fiscalização das políticas e dos serviços públicos. Em outras palavras, fica cada vez mais claro que os tribunais de contas consistem em um dos grandes guardiões das políticas públicas e dos serviços públicos.

As políticas públicas⁹ podem demandar recursos públicos. E, no

⁹ Conceito de políticas públicas para fins do Referencial de Controle de Políticas Públicas do TCU: "Considerando o mandato e as competências dos órgãos de controle externo no Brasil, para fins do presente Referencial de Controle de Políticas Públicas, são consideradas políticas públicas o conjunto de intervenções e diretrizes emanadas de atores governamentais 6, que visam tratar, ou não , problemas públicos e que requerem, utilizam ou afetam recursos públicos" (p. 14).

MS 40087 AGR-TERCEIRO / DF

exercício de suas funções, os tribunais de contas avaliam as políticas públicas, abrangendo as fases de sua formulação e implementação, e, à luz dessa avaliação, induzem a Administração Pública a melhorá-las em benefício da sociedade.

As políticas públicas controladas pelos tribunais de contas podem ser de diversas áreas, especialmente aquelas sensíveis para a sociedade, como saúde, educação, assistência social, energia, comunicação e infraestrutura.

No que diz respeito aos serviços públicos, a fiscalização abarca não só aqueles prestados pela própria Administração Pública, mas também os prestados por terceiros particulares, mediante, por exemplo, concessões e permissões, que se tornaram bastante usual no Brasil a partir da década de noventa do século passado.

Quanto a tais serviços, vale lembrar que, no modelo adotado no país, **é comum o estado se utilizar de agências para regulá-los e fiscalizá-los**. Quando não há agência reguladora, o próprio poder concedente fiscaliza os serviços públicos delegados a terceiros.

A atividade dos tribunais de contas na seara dos serviços públicos prestados por particulares envolve e, entre outros pontos, o controle das próprias licitações, concessões e permissões dos serviços públicos bem como a **avaliação dos resultados alcançados pelas agências reguladoras no exercício de suas funções**, inclusive em termos de eficácia, economicidade e eficiência, princípio de viés constitucional.

Pois bem. Não obstante se reconheça o relevante e digno papel dos tribunais de contas de fiscalizar políticas e serviços públicos, é certo que tal fiscalização tem limites, não podendo eles ir além de suas atribuições institucionais. Nesse contexto, é evidente que descabe aos referidos tribunais se colocarem no lugar das agências reguladoras, fazendo opções relativas a problemas regulatórios que foram confiadas a elas, e não a si mesmos. Em outros termos, essas cortes não podem, sob o pretexto de

exercerem suas competências, assumir o papel regulador das agências reguladoras.

No presente caso, é histórica a posição da ANTAQ pela possibilidade da cobrança do SSE, considerando os conceitos de **Box Rate** e **THC** por ela dados. E é evidente que a agência reguladora está atenta para os impactos dessa escolha, inclusive no âmbito concorrencial. Com o fortalecimento de seu papel regulador pela Lei nº 12.815/13 (oriunda da MP nº 959/12), a agência reforçou a regulação da matéria, robustecendo a defesa da concorrência. Vale lembrar, **v.g.**, que, desde a Resolução Normativa nº 34/19, primeira resolução sobre o assunto após a lei de 2013 e a determinação do TCU no TC 014.624/2014-1, ficou expresso que cabe à própria ANTAQ (e não às autoridades portuárias) estabelecer preço máximo do SSE no caso de verossimilhança de abuso ilegal em sua cobrança, bem como que é vedada a cobrança de preços abusivos ou lesivos à concorrência quanto aos serviços não contemplados no **Box Rate**.

Também desde então foram enquadrados como práticas abusivas ou lesivas à concorrência: a) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, visando eliminá-la; b) aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais a jusante ou do mesmo mercado relevante; b) elevar sem justa causa os preços ou valer-se de meios artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade de aumentar arbitrariamente os lucros; c) sonegar bens e serviços, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas; d) reter insumos, cargas ou mercadorias com o fim de inviabilização da concorrência; e) ampliar voluntariamente e sem justa causa o tempo de permanência de cargas na instalação portuária em prejuízo da nova destinação. Também foi considerada prática abusiva fraudar preços por meio de: sua alteração, sem a correspondente modificação da essência ou da qualidade do bem ou do serviço; divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto; junção de bens ou serviços, comumente

oferecidos à venda em separado; inclusão de insumo não efetivamente empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços.

Entendo que esse rol, embora exemplificativo, é bastante amplo para combater desvios concorrenciais ocasionados por eventual cobrança inadequada do SSE. Assim, o operador portuário que, valendo-se de sua posição dominante sobre as cargas importadas, eleva sem justa causa o SSE para aumentar arbitrariamente seus lucros incide em prática ilegal. Também incide em prática abusiva ou lesiva à concorrência o operador portuário que aumenta indevidamente a cobrança do SSE visando a eliminar recinto alfandegado concorrente ou simplesmente aumentar, de maneira artificial, os custos operacionais desse recinto.

Julgo, assim, que o TCU, ao vedar a possibilidade da cobrança do SSE, adentrou indevidamente, embora sob o pretexto de atuação dentro de suas competências institucionais, em escolha para problema regulatório que o legislador confiou à ANTAQ. Corroborando o entendimento cito trecho do parecer do Ministério Público Federal, que se apoiou na doutrina de Benjamin Zymler,

“a decisão não apontou objetivamente qual a ilegalidade apurada na cobrança do THC-2, tendo em vista que não há disciplina legal do tema. As Leis referidas no acórdão — Lei nº 12.529/2011 e Lei nº 10.233/2001 — tratam de questões distintas, respectivamente, da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e à concorrência desleal e da estruturação das Agências reguladoras do transporte terrestre e aquaviário, sem referência à tarifa cobrada pela atividade de segregação e entrega de contêineres.

A prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e à concorrência desleal compete ao CADE, a teor do artigo 9º da Lei nº 12.529/2011. Não está inserida na atribuição do TCU o controle e a punição das condutas que afetem à livre concorrência entre os agentes do mercado.

(...)

É indiscutível que o Tribunal de Contas pode, no bojo do controle operacional, decidir pela ilegalidade das normas editadas pelas Agências no exercício da atividade de regulação do mercado, podendo assinar prazo para que a Agência adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Mas não lhe cabe interferir diretamente na competência administrativa, emitindo comandos que importem na substituição da Agência na definição e na implementação das políticas públicas.

A partir da Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União passou a exercer o controle da atividade administrativa por meio do que se chamou auditoria operacional, com vistas à melhoria do desempenho e do alcance dos objetivos institucionais. O que se pretende com a auditoria operacional é verificar se a atuação administrativa vem sendo feita com observância dos princípios da economicidade, da eficiência e da efetividade e, acima de tudo, se há possibilidade de aprimoramento da atividade administrativa.

Especificamente com relação à atividade finalística das agências reguladoras, a compreensão é de que, no âmbito da auditoria operacional, o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, que busca identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos. Deve a Corte de Contas, no desempenho de sua competência constitucional, atestar a correção da execução destes contratos. Ressalte-se, todavia, que esta ação não visa a controlar a empresa concessionária em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados. Não deve o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entre reguladores, para assegurar a adequada prestação de

serviços públicos à população'.

Esse entendimento vem sendo consagrado pela jurisprudência do próprio TCU, como se vê do voto proferido pelo Ministro Benjamin Zymler no Acórdão nº 1.703/2004, nos seguintes trechos:

[...] O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objetivo a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, sua fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.

[...]

Aduzo que, se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência discricionária das agências reguladoras, ainda que movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da 'incerteza jurisdicional', que gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados, implicando o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais e consequência necessidade de manutenção de elevadas

taxas de juros, consoante lembrado pelo ilustre ProcuradorGeral. Assim sendo, entendo que, daqui em diante, o TCU deve procurar restringir sua atuação de forma a adequá-la aos parâmetros constitucionais e legais”

Cabe anotar que a própria Corte de Contas, em diversos julgados, vem entendendo que, quanto à matéria finalística das agências reguladoras, seu controle é de segunda ordem. Nesse sentido, **vide**: voto do Ministro Benjamin Zymler (item 5) no Acórdão nº 620/2008-TCU-Plenário; voto do Ministro Augusto Nardes (itens 4 a 23) no Acórdão 715/2008-TCU-Plenário; voto do Ministro Valmir Campelo no Acórdão nº 1.313/2010-TCU-Plenário (itens 19 e 20); votos dos Ministros Bruno Dantas (itens 37 a 58) e do Benjamin Zymler (itens 26 a 38) no Acórdão nº 1.530/2021-TCU-Plenário; voto do Ministro Benjamin Zymler (itens 25 a 54) no TC 004.662/2014-8.

A questão se conecta, como sustentou o impetrante, com o princípio da separação dos poderes e a ideia da deferência às opções realizadas pela Administração Pública no exercício do papel regulador. O Supremo Tribunal Federal já adentrou nessa temática algumas vezes.

Assim, por exemplo, o Ministro **Luiz Lux**, no MS nº 36.253/DF-AgR, destacou a relevância de a própria Corte “não se transformar (...) em revisor geral de toda atividade administrativa, regulatória e fiscalizadora dos órgãos técnico-especializados para tanto, sobretudo os com assento constitucional”. É claro que a deferência não é absoluta, como bem disse Sua Excelência.

Costumeiramente, a Corte, ao ser deferente, procura avaliar a razoabilidade da regulação questionada e se a agência que a editou tem a capacidade institucional/epistêmica adequada. Nesse contexto, o Tribunal, a depender do caso concreto, pondera as competências conferidas a ela para tratar de assuntos técnicos; sua experiência histórica; a qualidade dos procedimentos utilizados para tomada da escolha quanto

MS 40087 AGR-TERCEIRO / DF

ao problema regulatório, que podem até contar com a participação da população ou de interessados; a **expertise** de seus profissionais ou colaboradores etc. **Vide**, nesse sentido: Tema nº 500, RE nº 657.718, e ADI nº 5.779/DF. Corrobora esse entendimento a ADI nº 6.148/DF.

Na espécie, parece-me claro que a ANTAQ possui maior capacidade institucional/epistêmica do que o TCU para tratar do problema regulatório em alusão, considerando as atribuições institucionais, a experiência e o corpo de colaboradores da agência reguladora. Ademais, os autos indicam que a ANTAQ, na edição das Resoluções nºs 2.864/12, 34/19 e 72/22, seguiu de forma transparente e adequada os procedimentos para a edição das regulações, contando com a realização de várias audiências públicas, das quais participaram atores com os mais diversos interesses. Não há dúvida, ademais, da razoabilidade da última resolução, que conta com normas expressas em defesa da concorrência, sem retirar as competências do CADE.

Enquanto a ANTAQ agiu dentro de suas competências institucionais, o TCU extrapolou suas próprias, invadindo as da agência reguladora e, quiçá, as do CADE. Vale realçar que o próprio CADE, cuja missão é zelar pela livre concorrência no mercado brasileiro, reconhece que a cobrança do SSE, por si só, não é ilícita. Em outras palavras, a autarquia especializada na defesa da concorrência entende pela validade abstrata da rubrica, realçando, de outro giro, a possibilidade de controle da cobrança **caso a caso**.

Em suma, reafirmo que a Corte de Contas, por meio do ato coator impugnado, exerceu o papel de regulador que é próprio da ANTAQ.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.