

DECLARAÇÃO DE VOTO

I – INTRODUÇÃO

Acompanho integralmente o voto do eminente Relator, que rejeitou a proposta da unidade técnica especializada de aplicar multa aos Senhores Alber Furtado de Vasconcelos Neto, Francisval Dias Mendes e Adalberto Tokarski. Valho-me, todavia, desta declaração porque o caso, para muito além de seu desfecho concreto, oferece a este Tribunal a oportunidade de assentar premissas sobre um dos temas mais delicados do direito administrativo sancionador contemporâneo: os contornos e os limites da responsabilização pessoal de dirigentes e servidores de agências reguladoras por escolhas adotadas no núcleo de sua atividade-fim, em ambiente marcado por complexidade técnica e por incerteza normativa.

2. Registro, de início, o apreço pela densidade do trabalho da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Portuária e Ferroviária. O exame que conduziu sobre o fluxo de caixa do Contrato PRES 69/1997, sobre a magnitude do erro nas datas focais – que deslocou o Valor Presente Líquido da prorrogação de pouco mais de cento e seis milhões de reais para o terreno negativo de seiscentos e cinquenta e um milhões – e sobre a metodologia do reescalonamento que o compensou é tecnicamente consistente, e com ele em larga medida concordo no plano da regularidade do ato. O ponto em que respeitosa e me distancio da proposta não diz respeito ao mérito regulatório, mas à passagem, que me parece precipitada, do plano da correção do ato administrativo ao plano da sanção pessoal de seus autores, passagem que reclama filtro de culpabilidade próprio, mais estrito, e que constitui o objeto central desta declaração.

3. Se o desfecho é simples, o fundamento não o é. Saber quando uma escolha regulatória adotada sob incerteza autoriza a punição pessoal de quem a tomou é questão que ainda divide a jurisprudência desta Corte, e cuja resposta repercute muito além destes autos, pois dela depende a fronteira entre o controle que aprimora a Administração e o que apenas a intimida. É dessa fronteira que aqui se cuida.

II – OS DOIS PLANOS DO CONTROLE: O ATO REGULATÓRIO E O AGENTE PÚBLICO

4. A primeira distinção que importa fazer é a que separa, com nitidez, dois planos que a proposta de encaminhamento entrelaça. Um é o do controle do ato regulatório; o outro, o da responsabilização pessoal do agente. No primeiro, compete a este Tribunal, no exercício da competência dos arts. 70 e 71 da Constituição, verificar a legalidade, a legitimidade e a economicidade da deliberação da Antaq e, constatado vício, determinar-lhe a correção. No segundo, cuida-se de impor sanção a pessoa determinada, providência que pressupõe, além da ilicitude objetiva, a presença dos elementos subjetivos que a lei erige em condição da pena.

5. Tratando-se da atividade-fim de agência reguladora, a jurisprudência desta Corte qualifica o primeiro desses controles como controle de segunda ordem. No Acórdão 1.166/2019-Plenário, assentou-se que a fiscalização das atividades finalísticas das agências respeita a discricionariedade quanto à estratégia e à metodologia eleitas, ressalvada a determinação de medidas corretivas quando vulnerado o ordenamento. A esta Corte cabe dizer o que deve ser observado, não como deve o regulador decidir no espaço de apreciação que a lei lhe reservou. A distinção entre determinar e recomendar, entre o ato de autoridade vertical e a concitação horizontal ao aprimoramento, é decisiva, e dela não convém afastar-se.

6. No caso, o próprio voto do eminente Relator preserva integralmente o plano do ato, ao acolher a determinação para que a Antaq comprove, em prazo certo, o equilíbrio e a vantajosidade do Contrato PRES 69/1997 após os 5º e 7º Termos Aditivos. O controle, portanto, far-se-á, e a eventual irregularidade do ato será sanada na sede própria, que é a do diálogo institucional com a Agência. O que se rejeita não é o controle, mas a sua conversão em punição pessoal, conversão que, ausentes os

pressupostos legais, não apenas seria indevida como produziria efeito sistêmico contrário ao interesse público, conforme adiante se demonstrará. Diogo de Figueiredo Moreira Neto advertia que o controle que se substitui ao administrador deixa de ser controle e se torna coadministração; é precisamente essa fronteira que aqui se busca preservar.

III – O REGIME DO ART. 28 DA LINDB E A RÉGUA DA CULPA GRAVE

7. O regime de responsabilização do agente público por suas decisões e opiniões técnicas sofreu inflexão paradigmática com a Lei 13.655/2018, que introduziu o art. 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Antes dela, a responsabilização configurava-se sempre que houvesse ilicitude associada a culpa, ainda que leve. Depois dela, a régua deslocou-se, e o agente passou a responder, pessoalmente, apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro. Não se tratou de alteração de redação, mas de mudança de paradigma, que a doutrina qualificou como a instituição de uma cláusula geral do erro administrativo (Binenbojm e Cyrino, “O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo”, Revista de Direito Administrativo, edição especial sobre a LINDB, 2018), destinada a restringir deliberadamente os critérios de imputação.

8. O Decreto 9.830/2019, ao regulamentar o dispositivo, definiu o erro grosseiro, em seu art. 12, §1º, como o erro manifesto, evidente e inescusável, praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. E cercou a imputação de garantias que não podem ser tratadas como adereços retóricos: a exigência de comprovação, nos autos, de circunstância fática apta a caracterizar o erro grosseiro (§2º); a insuficiência do mero nexo de causalidade entre conduta e resultado (§3º); o dever de considerar a complexidade da matéria e das atribuições do agente (§4º); e a regra de que a responsabilização pela opinião técnica não se estende automaticamente ao decisor que a adota (§6º).

9. Esta Corte fixou o conteúdo do conceito no Acórdão 2.391/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, em que se assentou que o erro grosseiro corresponde à culpa grave, ao que decorre de grave inobservância de um dever de cuidado, perceptível por pessoa de diligência abaixo do normal, ao passo que o erro leve é o que somente seria evitado por diligência extraordinária. Socorreu-se o voto condutor da clássica lição de Pontes de Miranda, para quem a culpa grave é a culpa crassa, que denuncia descaso e falta dos cuidados indispensáveis (Tratado de Direito Privado, t. XXIII), e da doutrina civilista de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, que a vinculam à imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável (Curso de Direito Civil).

10. Não desconheço que a jurisprudência oscila entre esse referencial, o da culpa grave, e o do administrador médio, retomado, entre outros, no Acórdão 2.012/2022-Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, e ecoado no Acórdão 1.123/2024-Plenário (rel. Min. Weder de Oliveira). Tenho para mim, contudo, que a fidelidade à reforma de 2018 impõe a prevalência do referencial mais estrito. Equiparar a culpa grave à conduta que destoa do administrador médio é, no limite, devolver à culpa leve o que o legislador quis dela subtrair, esvaziando a eficácia da norma. A régua aplicável, por isso, é a da diligência aquém do ordinário, e não a da diligência média.

11. Esse rigor encontra respaldo, ainda, na orientação do Supremo Tribunal Federal que, ao apreciar a responsabilização de agentes públicos por decisões e opiniões técnicas, reafirmou a exigência de dolo ou erro grosseiro como condição da imputação, vedando que o gestor responda pela mera adoção de juízo técnico (STF, ADI 6.421/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 21/5/2020). E encontra fundamento de ordem consequencialista nos arts. 20 e 22 da própria Lindb, que vedam a decisão fundada em valores abstratos sem ponderação das consequências práticas e impõem a consideração dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor. O que a reforma combateu foi o fenômeno que se convencionou chamar de “apagão das canetas”, a paralisia decisória de quem, podendo decidir, prefere a inércia ante o temor da punição retrospectiva. Sancionar a divergência técnica legítima é, precisamente, alimentar esse fenômeno.

IV – A NATUREZA QUASE-JURISDICIONAL DA DECISÃO REGULATÓRIA E A RÉGUA REFORÇADA

12. A esse regime geral acrescento um elemento decisivo, que tenho sustentado em sede doutrinária e em manifestações públicas sobre o tema: a régua de culpabilidade não pode ser indiferente à natureza da função exercida. Quando o dirigente de agência reguladora atua no núcleo de sua atividade-fim, deliberando colegiadamente, à vista de instrução técnica, para compor interesses contrapostos e arbitrar conflitos entre regulados, usuários e poder concedente, desempenha função que se avizinha da jurisdicional. Não por acaso a Lei 10.233/2001 confere à Antaq, entre suas competências finalísticas, a de harmonizar e arbitrar os conflitos de interesse no setor.

13. Ora, se à magistratura a ordem jurídica assegura que o julgador responda, civil e regressivamente, apenas nos casos de dolo ou fraude (art. 143 do Código de Processo Civil), por reconhecer que a independência do ato de julgar não sobrevive ao temor da represália, idêntica razão de decidir milita em favor de quem, no exercício de competência decisória qualificada, pondera, sob incerteza, alternativas regulatórias legítimas. Disso não decorre, e faço questão de afirmá-lo sem reservas, qualquer imunidade. Decorre que, nesse núcleo, o conceito de erro grosseiro há de ser aferido em seu grau máximo de rigor, de sorte que somente a conduta que tangencie a má-fé, ou a que decida ao largo de qualquer amparo técnico, autorize a sanção.

14. O direito comparado ampara essa contenção. O contencioso administrativo francês, na construção do *Conseil d'État*, limita o controle das apreciações técnicas da Administração ao erro manifesto de apreciação, abstendo-se de substituir o juízo do órgão competente. A dogmática alemã reconhece, na mesma direção, uma margem de apreciação técnica, o *Beurteilungsspielraum*, infensa à revisão integral pelo controlador. A fronteira do punível, na atividade-fim, não é a do acerto técnico aferido em retrospecto, mas a da decisão tomada às cegas: responde o dirigente que decide sem amparo na análise técnica disponível; não responde aquele que, amparado nela, dela diverge fundamentadamente.

V – A FALÁCIA DA HIERARQUIA DE TECNICIDADE: O CONSELHO DIRETOR COMO INSTÂNCIA TÉCNICA

15. Essa contenção, contudo, costuma esbarrar em um obstáculo argumentativo que importa desfazer. A proposta de encaminhamento incorre, a meu ver, em equívoco de premissa que contamina toda a sua cadeia argumentativa, e que convém nomear: a falácia da hierarquia de tecnicidade. Ao reiterar que os responsáveis decidiram “contra a área técnica” e “em detrimento da unidade técnica”, a instrução supõe que a técnica residiria, com exclusividade, nas unidades instrutórias subordinadas, a gerência e a equipe de outorgas, de modo que a divergência do Superintendente e, depois, da Diretoria Colegiada representaria um desvio em relação ao saber técnico. A premissa é juridicamente insustentável.

16. A Diretoria Colegiada de uma agência reguladora não é instância política sobreposta a um corpo técnico; é, ela própria, a instância técnica máxima da entidade. Seus membros são investidos mediante processo qualificado, sujeitos a requisitos de formação e experiência e à sabatina do Senado, e dotados de mandato fixo precisamente para que decidam com independência (Lei 9.986/2000; Lei 13.848/2019). O ordenamento confia a essa instância colegiada, e não às unidades que a instruem, o juízo regulatório final. As manifestações das gerências e superintendências têm natureza instrutória e opinativa, e vinculam o decisor à motivação, não à obediência. O art. 50 da Lei 9.784/1999 exige que a autoridade motive a decisão que diverge de pareceres; não a proíbe de divergir. E o art. 12, §6º, do Decreto 9.830/2019, ao estabelecer que a opinião técnica não contamina automaticamente o decisor que a adota, revela, em sua face simétrica, que tampouco é o decisor prisioneiro do parecer que o instrui.

17. Inverter essa hierarquia, elevando a instrução acima da decisão e o parecer subordinado acima do órgão deliberativo, significaria esvaziar a própria razão de ser da estrutura colegiada e independente que o legislador desenhou. Significaria transformar o corpo instrutório em instância decisória de fato, e a Diretoria em órgão homologatório, contra a literalidade da lei das agências. Não é esse o desenho institucional brasileiro, e não pode ser essa a premissa de um juízo de responsabilização.

18. Há, no caso, prova eloquente de que a matéria se inscrevia no campo do legitimamente controvertido, e não no do manifesto: a própria Diretoria deliberou por maioria, com o voto divergente do Diretor Mário Povia, que perfilhou a orientação da gerência. A unidade técnica extrai dessa divergência a conclusão de que a maioria teria atuado com consciência da ilicitude. A inferência é insustentável e, levada às últimas consequências, exporia à sanção toda decisão colegiada não unânime, resultado que nenhuma teoria da culpabilidade autoriza. A existência de dissenso qualificado, no interior de um colegiado técnico, é a prova de que a questão comportava mais de uma resposta razoável, o que é o oposto do erro inescusável de que cuida a lei.

19. Disso não se segue, porém, a irresponsabilidade do colegiado. O dirigente que decide às cegas, sem amparo em instrução técnica, ou que adota motivação aparente e dissociada dos elementos dos autos, responde por erro grosseiro. O que não o configura é a escolha motivada entre posições técnicas contrapostas e documentadas, que é o exercício mesmo da competência decisória.

VI – A SUBSUNÇÃO: A CONDUTA DOS DIRETORES FRANCISVAL DIAS MENDES E ADALBERTO TOKARSKI

20. À luz dessas premissas, a situação dos Diretores resolve-se sem dificuldade. Ambos decidiram no ápice da estrutura técnico-decisória da Agência, à vista de um quadro instrutório que não era unânime: de um lado, a manifestação da Superintendência de Outorgas, pela suficiência do reescalonamento para recompor o equilíbrio; de outro, a ponderação da gerência, pela necessidade de novo estudo. Escolher, com motivação expressa, entre duas posições documentadas e contrapostas constitui o exercício da função deliberativa que a lei lhes atribuiu, e não a sua negação.

21. O Diretor Relator, ao proferir o voto que liderou o Acórdão-Antaq 110/2019, e o Diretor que o acompanhou após pedido de vista enfrentaram o ponto controvertido, a aproximação entre o Valor Presente Líquido originalmente aprovado e o resultante do reescalonamento, e, conquanto equivocada a conclusão a que chegaram, fizeram-no com fundamentação, remetendo aos elementos dos autos. Sob a régua reforçada que a função quase-jurisdicional impõe, e à falta de qualquer indício de que tenham decidido ao largo da instrução técnica ou à revelia dos autos, não se vislumbra a grave inobservância do dever de cuidado que tipifica o erro grosseiro. A divergência fundamentada de um colegiado técnico em relação a uma de suas unidades instrutórias situa-se no campo protegido da legítima apreciação regulatória.

VII – A SUBSUNÇÃO: A CONDUTA DO SERVIDOR ALBER FURTADO DE VASCONCELOS NETO

22. Reservo análise detida à conduta do então Superintendente de Outorgas, Alber Furtado de Vasconcelos Neto, sobre quem a unidade técnica faz recair o núcleo da imputação, ao identificar em seu Despacho de 10 de junho de 2019 a origem da tese que qualificou como grosseira. Faço-o a partir de uma premissa que não admite ambiguidade: o servidor de agência reguladora não goza de imunidade, e responde, sim, pelo erro grosseiro que cometa. A questão não é de salvo-conduto, mas de aferição concreta, isto é, saber se a conduta, à luz das informações de que o agente dispunha à época, ultrapassou o limiar legal do erro grosseiro.

23. Não é o que os autos revelam. Ainda que se admita, em favor da tese da auditoria, que a solução adotada tenha sido tecnicamente equivocada, o equívoco situa-se na faixa do erro escusável, e não na do erro grosseiro. Três circunstâncias concomitantes conduzem a essa conclusão. A primeira é

a inexistência, à época do Despacho, de disciplina normativa específica sobre o reescalonamento de investimentos em contratos portuários, sendo este, segundo a própria peça, o primeiro caso da espécie, somada à posterioridade da Portaria-MInfra 530/2019, publicada em agosto de 2019 e originalmente invocada como fundamento da imputação, circunstância que a própria unidade reconheceu, vendo-se obrigada a renovar a audiência e a reancorar a censura no §1º do art. 9º da Resolução-Antaq 3.220/2014.

24. A segunda circunstância é que esse mesmo dispositivo, o §1º do art. 9º, disciplina o procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e pressupõe, portanto, a ocorrência de um evento de reequilíbrio. Sucede que a tese sustentada pelo Superintendente era precisamente a de que não se estava diante de reequilíbrio, mas de autotutela voltada à correção de erro material, hipótese amparada na presunção de equilíbrio do art. 7º da mesma Resolução. A controvérsia, como se vê, não versa sobre o descumprimento de norma cogente e clara, mas sobre a própria condição que a tornaria aplicável, questão de qualificação jurídica genuinamente disputável, e disputada no interior da Agência. Errar sobre matéria assim controvertida não preenche o requisito legal do inescusável, e a complexidade da questão, que o art. 12, §4º, do Decreto manda sopesar, apenas reforça a conclusão.

25. A terceira circunstância remete ao que expus sobre a falácia da hierarquia de tecnicidade. A imputação reprova o Superintendente por haver divergido das unidades a ele subordinadas. Sucede que a prerrogativa de divergir, motivadamente, das instâncias instrutórias integra a própria função de um Superintendente de Outorgas; suprimi-la tornaria decorativa a hierarquia e vinculante a instrução. O precedente que a unidade invoca, o Acórdão 1.264/2019-Plenário (rel. Min. Augusto Nardes), tipifica como erro grosseiro a decisão que despreza o parecer técnico “sem a devida motivação”, e é justamente a motivação que aqui não falta, pois o Despacho expõe razões, ainda que insuficientes. A divergência fundamentada não é a decisão às cegas que a jurisprudência sanciona; é a hipótese que ela protege.

26. Detenho-me no ponto que a unidade técnica aponta como o mais grave: a passagem em que o Superintendente, “sabedor de que qualquer reescalonamento impacta na equação original”, conclui pelo equilíbrio “até que se prove o contrário”. Vê a unidade técnica, aí, a confissão de uma consciência da ilicitude. Leio-a diversamente. A locução “até que se prove o contrário” não inaugura inversão arbitrária de ônus; reproduz a presunção que o próprio art. 7º da Resolução-Antaq 3.220/2014 estabelecia, ao considerar mantido o equilíbrio sempre que observadas as condições contratuais e a alocação de riscos. E o reconhecimento de que o reescalonamento repercute na equação, longe de traduzir má-fé, é prova de honestidade analítica: o agente não ocultou a complexidade que enfrentava; ponderou-a e, à vista dela, concluiu, ainda que discutivelmente, pela compensação dos efeitos. Ter por inescusável o erro de quem expõe a dificuldade, e não o de quem a dissimula, inverteria os incentivos que o direito sancionador deve produzir.

27. Resta o exame da boa-fé, que a unidade técnica teve por ausente e que, com a devida vênia, tenho por presente. No âmbito desta Corte, a boa-fé afere-se objetivamente, à luz da conduta esperada de um homem leal, cauteloso e diligente (Acórdão 1.157/2008-Plenário, rel. Min. Augusto Sherman; Acórdão 8.987/2018-Primeira Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues). A íntegra trajetória funcional do servidor, que não opera, registre-se, como privilégio pessoal, o que seria incompatível com a impessoalidade administrativa, mas como elemento objetivo de convicção, corrobora que a divergência por ele sustentada foi juízo técnico sincero, e não desídia ou favorecimento, do qual os autos não trazem o mínimo indício.

28. A esse dado soma-se o que a própria instrução admite: a ausência de dano ao erário, a impossibilidade de atestar objetivamente prejuízo e o desempenho do contrato, ao longo de uma década, acima das projeções originais em investimento, movimentação e arrecadação. Diante desse conjunto, e na linha do que o Supremo Tribunal Federal assentou na já referida ADI 6.421/DF, o

eventual equívoco do servidor, escusável e de boa-fé, não autoriza a sanção, sem que disso resulte franquia alguma para decisões futuras adotadas à revelia da técnica.

VIII – O VÍCIO RETROSPECTIVO E A MOLDURA CONSEQUENCIALISTA

29. Há, por fim, um vício de perspectiva que perpassa a imputação e que importa explicitar. A unidade técnica avalia o ato de 2019 a partir do cenário hoje consolidado, com o ingresso já conhecido de terminais concorrentes e com a execução contratual já decantada. A decisão regulatória, porém, é juízo de prognose, exercício de antecipação sob incerteza, e não operação retrospectiva. A margem de apreciação que a informa não se deixa reconstruir, sem anacronismo, a partir do que só o tempo revelou.

30. A própria peça técnica, aliás, fornece a chave que desarma o juízo de reprovabilidade que pretendeu extrair: ao reconhecer que, se o contrato hoje se mostra equilibrado, isso seria “mera sorte”, admite que dano nenhum se materializou, e que a censura recai não sobre um resultado lesivo, mas sobre um caminho processual não trilhado. Julgar a partir do presente, com os olhos voltados ao passado, é cômodo; decidir no presente, com os olhos voltados ao futuro, é difícil. O direito sancionador que ignora essa assimetria não protege o interesse público: ameça-o, ao ensinar ao gestor que a prudência consistiria em não decidir.

31. Reconheço, e este Tribunal já o assentou, inclusive em acórdão de minha relatoria (Acórdão 1.446/2018-Plenário), que a análise meramente qualitativa de estudos de viabilidade em prorrogações antecipadas de grande porte encerra riscos relevantes para a Administração. Mas esse é, por excelência, um problema sistêmico, a ser enfrentado no plano do ato e da norma, por meio de determinações e recomendações à Agência, como de resto faz o voto do Relator, e não no plano da punição individual de agentes que, em um caso concreto e sob incerteza, divergiram de modo fundamentado. Confundir os dois planos é, uma vez mais, converter o controle em coadministração.

IX – CONCLUSÃO

32. Em síntese, e sob uma única moldura: o erro grosseiro do art. 28 da Lindb afere-se à luz da função exercida e das condições em que a decisão foi tomada. Sob essa régua, nem os Diretores, que decidiram no núcleo quase-jurisdicional da Agência, escolhendo motivadamente entre posições técnicas contrapostas, nem o Superintendente, cujo eventual equívoco, escusável e de boa-fé, recaiu sobre matéria genuinamente controvertida e sem disciplina específica à época, atingem o limiar que a lei exige para a sanção.

33. A resposta adequada desta Corte situa-se no plano do ato, e não no da pena. A determinação para que a Antaq comprove o equilíbrio e a vantajosidade do contrato realiza o controle de que cuida a Constituição sem sacrificar a segurança jurídica de quem decidiu de boa-fé. O controle externo que aqui se exerce é o que constrói racionalidade pública, não o que pune a coragem de decidir. Reafirmo, para que não paire dúvida, que daqui não se extrai carta branca alguma: o dirigente e o servidor de agência respondem, e devem responder, pelo erro grosseiro; apenas não é disso que tratam estes autos.

Diante do exposto, acompanho integralmente o voto do eminente Relator, para rejeitar a proposta de aplicação de multa e afastar a responsabilização dos Senhores Alber Furtado de Vasconcelos Neto, Francisval Dias Mendes e Adalberto Tokarski, mantida a determinação dirigida à Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

TCU, Sala das Sessões, em tagDataSessao.