VOTO

Examina-se pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) (R001-Peça 154), representada por seu Diretor-Geral Mário Póvia, contra o Acórdão 2.310/2018-TCU- Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas (Peça 129)

2. O **decisum** ora recorrido foi prolatado no âmbito de auditoria operacional que teve como objetivo verificar os principais entraves, denominados "gargalos", que impactam a eficiência dos portos brasileiros, com o intuito de identificar oportunidades de redução de tempo de liberação de cargas e de custo para o usuário.

3. Por intermédio da decisão acima mencionada, esta Corte encaminhou determinações e recomendações a diversas entidades que atuam no setor portuário, entre as quais, Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Companhias Docas dos Estados de São Paulo (Codesp), do Rio de Janeiro (Coderj) e do Pará (CDP) e Superintendência do Porto de Itajaí.

4. Cabe destacar que, para a realização dessa auditoria, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) realizou pesquisa em extensa bibliografia sobre o tema e fez entrevistas abertas com gestores de diversos órgãos e entidades privadas que atuam no setor, de maneira que foram identificadas relevantes ineficiências que resultam em aumento no tempo e no custo do trâmite da carga para os usuários dos portos (importador e exportador).

5. Além disso, a auditoria baseou-se na análise da situação fática em diversos portos brasileiros, conforme informado no voto condutor do acórdão ora recorrido (peça 130):

> Registro, por fim, que o presente relatório se baseou na situação fática verificada nos sete portos visitados, examinada em conjunto com vasta pesquisa teórica e com informações levantadas a partir de entrevistas com diversos atores do ramo, as quais foram sistematizadas e analisadas segundo a melhor técnica de auditoria de performance adotada a nível mundial.

6. Feito breve resumo do processo, passo a decidir.

7. Preliminarmente, ratifico meu despacho anterior pelo conhecimento da presente peça recursal, com fundamento nos termos do art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c os art. 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU (peça 166).

8. No tocante ao mérito, a Secretaria de Recursos (Serur), em análise sobre a matéria (peças 191 e 192), propôs a rejeição das razões recursais e a manutenção da deliberação original, encaminhamento com o qual posiciono-me de acordo e cujos fundamentos adoto como razões para decidir, conforme considerações a seguir.

9. As determinações questionadas pela Antaq são as seguintes:

> (...)
>
> 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;
>
> 9.1.3. no prazo de 180 dias, estabeleça 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;
>
> (...)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62452690.

10. Em síntese, a agência reguladora sustenta que:

(i) é desnecessária a determinação contida no subitem 9.1.1 do Acórdão recorrido, uma vez que a criação da metodologia de análise de denúncias sobre preços e tarifas abusivos praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres já está em fase final de testes;

(ii) deve ser excluída ou revista a determinação constante do subitem 9.1.2 do Acórdão recorrido, visto que o cumprimento de tal determinação por essa agência reguladora implicaria em *"significativo ônus regulatório ('fardo regulatório'), cujo custo-benefício do modelo parece inviável"*;

(iii) deve ser revisado o prazo concedido de 180 dias para o cumprimento da determinação contida no subitem 9.1.3 do Acórdão recorrido, de maneira a tornar possível a total implantação do projeto.

11. Quanto ao primeiro argumento acima mencionado, não há razões para a alteração da determinação constante do subitem 9.1.1 do Acórdão 2.310/2018-Plenário. Afinal, se tal subitem realmente foi cumprido pela Antaq, tal fato será comprovado em futuro monitoramento deste Tribunal, sendo descabida a anulação da determinação ora vergastada, sendo desnecessária a discussão nestes autos se o encaminhamento dessa determinação era ou não cabível.

12. No que se refere ao segundo argumento da Antaq, a respeito da exclusão da determinação constante do subitem 9.1.2 do Acórdão 2.310/2018-Plenário, esta não deve prosperar, conforme considerações a seguir.

13. Primeiramente, entendo que o TCU não invadiu as competências reguladoras da agência reguladora ao emitir essa determinação. Na verdade, esta Corte cumpriu o seu dever de atuar de forma complementar àquela agência, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência daquela entidade.

14. Conforme se vê pelo texto da determinação, este Tribunal não definiu os procedimentos que a Antaq deveria adotar para obter os custos relativos à movimentação de contêiners, de maneira que aquela agência pode atuar de forma discricionária para a resolução do problema identificado pela equipe de auditoria.

15. Destaco que o problema identificado foi a cobrança de preços abusivos no segmento de contêineres, o qual foi detalhadamente tratado no voto condutor do **decisum** ora questionado, cujo trecho abaixo transcrevo:

> (...)
>
> 21. A definição de serviços que compõem os preços e tarifas e da abusividade dos mesmos em determinados casos concretos já foi abordada em outros trabalhos deste Tribunal, a saber: TC 004.662/2014-8, apreciado pelo Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário (Ministra Relatora Ana Arraes); TC 028.834/2010-0, julgado pelo Acórdão 1.736/2016-TCU-Plenário (Ministro Relator Raimundo Carreiro), e mantido pelo Acórdão 1.410/2017-TCU-Plenário (Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues); e TC 014.624/2014-1 (Ministra Relatora Ana Arraes), recém julgado mediante o Acórdão 1.704/2018-TCU-Plenário. Assim, pertinente o enfoque transversal dado ao presente trabalho que, de outra forma, buscou averiguar os métodos, normativos e práticas que norteiam a atuação da Antaq na análise de abusividade de preços, a fim de que desempenhe eficazmente suas atribuições legais.
>
> 22. Nesse sentido, o achado desta fiscalização apontou que as análises dos preços impugnados foram realizadas por meio de comparação ora com índices inflacionários, ora com custos informados pelos terminais, que não necessariamente estariam em regime de eficiência, o que contraria o disposto no art. 11, inciso IV, da Lei 10.233/2001, segundo o qual a Antaq deve assegurar que os usuários paguem pelos custos dos serviços em regime de eficiência.
>
> 23. Em outras situações, foram pesquisados preços de terminais de contêineres concorrentes e, mesmo observada grande variância nos preços pesquisados, tal fato não permitiu à Agência concluir definitivamente sobre a existência da situação de abusividade, especialmente por ausência de parâmetros para aferição da justeza dos preços cobrados.
>
> 24. Cabe lembrar que, mesmo em mercado com regime de preços relativamente livres, é obrigatória a regulação da Agência para verificar se há abuso ou outra infração à ordem econômica (Lei 12.815/2013, art. 3º, inc. II, c/c Lei 10.233/2001, arts. 27, inc. II, e 31).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62452690.

25. A conclusão do achado se relaciona com casos noticiados de cobranças aparentemente abusivas, algumas relatadas no apêndice II do relatório de auditoria, as quais corroboram e podem ser consequência da deficiência metodológica do regulador para dar tratamento das denúncias recebidas acerca de abusividade e de falta de modicidade de preços.

26. A ausência de metodologia definida para a análise acerca da abusividade dos preços denunciados foi reconhecida em despacho da Superintendência de Regulação da Antaq, de 25/1/2018, que apontou a existência de pelo menos três métodos de análise de abusividade de preços: por meio da evolução do preço impugnado em comparação com as taxas de inflação do período considerado; por meio da comparação do preço questionado com os de outros terminais de contêineres; e por meio da comparação do preço com o custo informado pelo terminal. Ao final, o gestor aponta que falta definição de metodologia de análise da abusividade de preços.

27. Além da carência de metodologia para verificar possíveis abusividades nos preços praticados, a equipe de auditoria verificou que a Antaq não dispõe de ferramenta de acompanhamento periódico dos custos ou índices de custos de movimentação e armazenagem portuária no segmento de contêiner, o que prejudica a harmonização dos interesses dos atores.

28. Lembra-se que não basta à Antaq apenas conhecer os custos incorridos pelos terminais para analisar a modicidade/abusividade de preços portuários, mas que tais parâmetros sejam medidos em regime de eficiência, consoante determina a Lei 10.233/2001.

29. As informações contábeis e financeiras que embasam a análise da Antaq acerca da modicidade dos custos incorridos pelos terminais são enviadas à Agência somente quando demandadas e, via de regra, apresentadas em documentos físicos, o que não favorece a manipulação dos dados, a circularização das informações e eventual responsabilização dos terminais, no caso de fornecimento de informações incorretas.

30. Além disso, para atender ao previsto no art. 11 da Lei 10.233/2001, a Agência deve desenvolver referenciais de eficiência, pois só a partir de indicadores poderá fazer a correta avaliação dos preços praticados nos terminais.

31. Portanto, fica claro que a Antaq carece de procedimentos metodológicos padronizados e referenciais comparativos que permitam verificar, de maneira confiável e sistemática, o aspecto da modicidade tarifária.

32. Assim, acolho integralmente as propostas das unidades especializadas no sentido de determinar à Antaq que: i) desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários; ii) regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos dos terminais; e iii) estabeleça medidas para acompanhar o comportamento dos preços e tarifas praticados.

33. Sem prejuízo das propostas ventiladas, não posso deixar de me manifestar sobre os fortes indícios de cobranças abusivas por parte dos operadores portuários. Uma das questões que podem dar causa a essas ocorrências, de fato, é a grave deficiência dos mecanismos de regulação de preços **a posteriori**, isto é, a partir de denúncias de usuários, conforme relatado. Em que pese a providência corretiva acima sugerida, o caso merece medidas preventivas.

34. Ora, espera-se atuação forte e atenta da Antaq sobre o setor regulado para garantir adequada prestação dos serviços – entendidos, nos termos da lei, como os que satisfazem condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Nesse contexto, está incluída a obrigação de atuar para mitigar riscos de abuso de poder econômico, ofensas à concorrência e aumentos arbitrários de lucros (Constituição Federal, art. 173, § 4º). (Grifos nossos)

16. Como se vê, para uma análise a respeito da abusividade de preços na movimentação de contêineres praticados pelos operadores portuários, é necessário que a agência reguladora tenha alguma referência para essa avaliação e não vejo melhor parâmetro do que os próprios custos relativos à movimentação de contêineres.

17. Inclusive, de acordo com o subitem 29 do voto condutor do acórdão recorrido, a Antaq solicita essas informações aos operadores portuários quando recebe denúncias de usuários dos portos (importadores e exportadores) a respeito de prática abusiva de preços e essas informações são

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62452690.

repassadas àquela agência em documentos físicos, o que dificulta a manipulação de dados e a responsabilização dos que praticam esses preços abusivos.

18. Entendo que não há "fardo regulatório" em operacionalizar o envio dessas informações de forma eletrônica e sistematizada, em uma periodicidade regular, de maneira a permitir uma atuação proativa da agência reguladora, em vez de uma atuação reativa e, muitas vezes, sem efetividade, como ocorre nos dias atuais.

19. Situação semelhante a essa foi observada no âmbito do TC-004.662/2014-8, cujo acórdão inicial (Acórdão 1.439/2016-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes) foi reformado pelo Acórdão 923/2019-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, em sede de pedido de reexame da Antaq.

20. No âmbito daquele processo, aquela agência reguladora trouxe argumentos semelhantes aos trazidos neste pedido de reexame no sentido de que o cumprimento da determinação para obtenção dos custos da **Terminal Handling Charge** (THC) traria elevado custo regulatório ("fardo regulatório") e que seria uma medida inócua quanto aos efeitos pretendidos.

21. Após amplo debate no plenário deste Tribunal, a deliberação recorrida foi alterada (Acórdão 923//2019-Plenário), mantendo-se determinação à Antaq para que:

> 9.3.4. (...) 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;

22. Assim, a determinação constante do 9.1.2 do **decisum** ora recorrido, no sentido de a Antaq obter os custos relativos à movimentação de contêineres, é complementar às determinações acima mencionadas.

23. Além disso, a fundamentação para manter a determinação sob análise (9.1.2 do Acórdão 2.310/2018-Plenário) é idêntica à daquele processo, qual seja, "*a necessidade da efetiva atuação da agência reguladora devido à falha de mercado configurada pela assimetria de informações observada na situação em apreço",* uma vez que o usuário do serviço portuário desconhece os parâmetros da cobrança que lhe é imposta pelos terminais portuários. Ao mesmo tempo, ficou claro nos autos que a Antaq não exerce qualquer controle sobre os valores pagos na movimentação de contêineres.

24. Também, em conformidade com o posicionamento do Tribunal no âmbito do TC-004.662/2014-8, entendo que os dados referentes aos custos operacionais de movimentação de contêineres devem ser disponibilizados somente para a agência reguladora, que deles necessitará para realizar as análises visando garantir uma operação portuária eficiente, em observância ao princípio insculpido no inciso IV do art. 11 da Lei 12.233/2001, a seguir transcrito:

> Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:
>
> (...)
>
> IV – assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência;" (Grifo nosso)

25. Em adição, não concordo com a Antaq quando afirma que *"Não existe qualquer garantia, ou correlação constatada, de que eventual regulação sobre os custos dos terminais portuários que venham a resultar na diminuição do preço para os armadores, sejam repassados diretamente para o custo do frete, ao contrário, em um primeiro momento, o que se vê é a apropriação nas margens de lucro do próprio armador, tornando o modelo perverso;"*.

26. Se, por um lado, não existe garantia de que essa redução de custos dos terminais portuários seja repassada para o valor do frete, por outro lado, em um sistema com maior transparência (redução

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62452690.

da assimetria de informações), há maior possibilidade de competição entre esses operadores e, consequentemente, uma redução no valor do frete. Além disso, a ausência de conhecimento desses custos por parte da agência reguladora impede qualquer discussão a respeito de modicidade tarifária ou preços justos cobrados dos usuários dos portos.

27. No que se refere ao terceiro ponto levantado pela Antaq, a respeito da necessidade de maior prazo para o cumprimento da determinação constante do subitem 9.1.3 do Acórdão 2.310/2018-Plenário, entendo que não é necessária a alteração desse prazo.

28. Ao emitir despacho pela admissibilidade deste recurso, foi concedido efeito suspensivo aos subitens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do **decisum** ora recorrido, em conformidade com o art. 278, §1º do Regimento Interno do TCU, de maneira que o prazo constante da determinação original (180 dias) foi suspenso desde o dia daquele despacho – 6/12/2018 e voltará a contar após o julgamento deste recurso.

29. Dessa forma, compreendo que o somatório do prazo em que o acórdão está suspenso com o prazo para o cumprimento da determinação ora vergastada (180 dias) é suficiente para a execução do mandamento previsto no subitem 9.1.3 do Acórdão 2.310/2018-Plenário.

30. Por fim, estando os autos em meu gabinete, a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) protocolou pedido para entrar como interessada nestes autos (peça 196). Tendo em vista que essa entidade foi uma das auditadas na ação de controle que gerou o **decisum** ora recorrido e que foi emanada recomendação à Codesp no subitem 9.2.1 desse mesmo acórdão, entendo que essa entidade deve ser considerada como interessada neste processo.

Ante o exposto, VOTO no sentido que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado no sentido de conhecer e negar provimento aos presentes pedidos de reexame.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de setembro de 2019.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62452690.