

Recebido em 14/03/19

Cintha Morimoto  
Assessoria Administrativa  
Matr. 29982

OFÍCIO Nº /2019/GM/MInfra

Brasília, 14 de março de 2019.

A Sua Excelência o Senhor  
AUGUSTO ARAS  
Subprocurador-Geral da República  
Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão  
Procuradoria Geral da República  
Ministério Público Federal  
Saf Sul Qd. 04 Conj. C Asa Sul  
CEP: 70050.900 – Brasília - DF

**Assunto: Recomendação da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal**

*Referência:* Na resposta indicar expressamente o Processo nº 50000.010737/2019-27.

Senhor Subprocurador-Geral da República,

Ao cumprimentá-lo, reporto-me ao Ofício nº 52/2019/AC/3CCR, de 27 de fevereiro de 2019, dessa procedência, para apresentar a Vossa Excelência os esclarecimentos referentes a Recomendação exarada pela 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – 3ª CCR/MPF, nos autos do Procedimento Administrativo nº 1.00.000.00.4541/2017-16, dirigidas ao Ministério da Infraestrutura - Minfra e à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT acerca do Edital de Concorrência Internacional Nº 02/2018 referente à “Subconcessão para a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura ferroviária, no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO – Estrela d'Oeste/SP, nos termos da Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001”, também chamado de Ferrovia Norte -Sul Tramo Central – FNSTC.

#### I. Considerações iniciais

Primeiramente, este Ministério gostaria de exaltar os esforços dessa d. Instituição em atuar, de forma coordenada e articulada, por meio de ações coordenadas, na avaliação de políticas públicas e no aperfeiçoamento de contratos e normas regulatórias relativas aos principais projetos de infraestrutura logística do país.

É o caso das ações coordenadas em relação à eventual prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias e à eventual renegociação dos contratos de concessão de rodovias federais.

Nesse sentido e considerando o desafio que é viabilizar projetos de expansão da malha ferroviária federal, desde já, gostaria de convidar essa 3ª CCR/MPF e o seu Grupo Técnico de Transportes a participar dos necessários debates relacionados ao aperfeiçoamento do arcabouço legal e institucional vigente e aplicável ao setor ferroviário.

## **II. Esclarecimentos**

A 3ª CCR/MPF fundamentada em 58 “Considerandos” que contextualizam a concessão da Ferrovia Norte Sul e da subconcessão de seu trecho tramo central, bem como refletem a importância da adequada definição do modelo de exploração ferroviária e do inventário dos bens públicos objeto da subconcessão em curso, do correto endereçamento do direito de passagem, da garantia de isonomia no certame licitatório, da viabilidade do transporte de passageiros e quanto à alocação de riscos e passivos ambientais, recomendou ao MInfra e à ANTT:

### **RECOMENDA ao Ministro de Infraestrutura:**

- a) que justifique a escolha do modelo vertical, em detrimento do modelo horizontal, para a exploração da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, apresentando, inclusive, os estudos e documentos que subsidiaram essa decisão;
- b) que justifique a ausência de previsão de transporte ferroviário de passageiros na exploração da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, apresentando, inclusive, os estudos e documentos que subsidiaram essa decisão;

### **RECOMENDA ao Diretor - Geral da ANTT:**

- a) que suspenda a licitação da subconcessão da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central enquanto não forem definidos e implementados mecanismos suficientes e adequados que garantam a efetividade do direito de passagem aos usuários que provêm da Ferrovia Norte-Sul – Tramo Central nas ferrovias adjacentes, em razão do risco de direcionamento decorrente do edital de licitação 2/2018 da ANTT que possibilita vantagem competitiva no certame aos concorrentes que viabilizam o acesso desses usuários aos portos, em afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e da proposta mais vantajosa para a Administração;
- b) que suspenda a licitação da subconcessão da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, até que tenha sido concluído levantamento prévio do inventário da concessão, especificando as características técnicas e o estado de conservação e operação do conjunto de bens cuja posse será transferida pela interveniente subconcedente à subconcessionária;
- c) que reavalie a possibilidade de atribuir ao subconcessionário a ser contemplado no certame licitatório da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, a responsabilidade pela conclusão das obras ainda não concluídas pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.;

É imperioso notar que o teor da Recomendação endereça, acertadamente, ao **Minfra** e à **Antt**, respectivamente, questões relacionadas à política pública e aos seus aspectos **regulatórios**. Todavia, as distintas recomendações partem, em certa medida, de pressupostos **comuns**, explicitados nos “Considerandos”, os quais serão analisados em seção específica, dado **integrarem** o mesmo contexto e serem importantes para fins de compreensão da perspectiva de ambas as instituições acerca das recomendações que lhe foram endereçadas pelo d. *Parquet*.

### **III.1. Recomendações ao Ministro da Infraestrutura**

#### **III.1.1. Contexto**

Apesar dos esforços empreendidos pelos diversos governos, acertados ou não, as **ações** estatais, como se verá, historicamente, não têm sido suficientes para melhorar a **matriz** de transporte brasileira, baseada, predominantemente, no modo de transporte **rodoviário**, que responde, na atualidade, por mais de 65% do total de carga transportada, **enquanto** o modo de transporte ferroviário por menos de 20%, tampouco têm sido efetivas para elevar a avaliação internacional da qualidade das infraestruturas brasileiras de transportes.

Inúmeras políticas públicas definidas ao longo do tempo, bem como a baixa institucionalidade do setor de transportes - ambiente favorável ao comportamento oportunista do agente privado, em seu significado pejorativo - contribuíram, significativamente, para a conformação da atual matriz de transporte brasileira.

Esse cenário de fragilidade institucional foi repercutido na regulação setorial que, **por** sua vez, ocasionou vários dos problemas hoje vivenciados no setor de transporte **ferroviário**, cuja tentativa de solução acaba, indevidamente, sendo transferida para os órgãos de **controle**, especialmente, Tribunal de Contas da União – TCU e MPF.

Tal circunstância, em certos momentos, pode induzir a avaliações precipitadas e enviar decisões que, se sopesadas e analisadas em perspectiva, possibilitariam a melhor compreensão das escolhas de políticas públicas e regulatórias, por permitir considerar o contexto histórico, político, econômico e social em que se deram e, desse modo, evitar a **construção** de soluções que, embora bem intencionadas, podem não apenas não se concretizar, com também piorar o resultado que se almejava atingir.

Com efeito, o histórico setorial, em grande medida, não é o desejável, contudo, há que se endereçar corretamente as decisões, a fim de que, em nome da pretensa violação de **princípios** constitucionais caros à nação, outros, do mesmo modo imprescindíveis, não sejam **preteridos**.

Nesse sentido, seguem os esclarecimentos acerca da Recomendação endereçada a este Ministério, notadamente, alinhada à manifestação do Procurador do Ministério Público Junto ao TCU - MPJTCU, Júlio Marcelo de Oliveira, em seu Parecer, nos autos do TC 026.071/2017-7, que pugnou pela rejeição do primeiro estágio de desestatização da FNSTC, ante a ausência de, *in verbis*:

a) estudos comparativos, quantitativos e qualitativos, que fundamentem o modelo de exploração da ferrovia, confrontando as alternativas de adotar o modelo Open Access para essa ferrovia, com ou sem subconcessão da infraestrutura ferroviária, ou de adotar o modelo vertical, com ou sem reserva de capacidade para operadores ferroviários independentes; e

b) estudos que justifiquem a escolha de não prever, obrigar, incentivar e estabelecer metas para o transporte de passageiros na presente subconcessão.

Em ambos os pontos destacados pelo Procurador MPJTCU, verifica-se, a princípio, não a ilegalidade material das políticas públicas postas em si, mas apenas, em tese, formal, em face da suposta falta de fundamentação das suas escolhas, o que, todavia, conforme se demonstrará, não é o caso.

Observe-se, nesse sentido, que os esclarecimentos relacionados ao tema já foram amplamente discutidos no Relatório de Acompanhamento – TC 026.071/2017-7 – relativo à avaliação do primeiro estágio de desestatização da FNSTC, e devidamente acolhidos pela Unidade Técnica competente, bem como pelo próprio Plenário do TCU, nos termos do Acórdão n. 2.195/2018-TCU-Plenário.

### **III.1.2. Sobre o modelo de exploração ferroviária**

A 3ª CCR/MPF baseada em “Considerandos” que encerram questionamentos acerca do modelo vertical de exploração ferroviária e sobre seus possíveis efeitos, recomendou a explicitação das razões da escolha do modelo para a subconcessão da FNSTC.

Nessa mesma linha, o Procurador do MPJTCU, apesar de destacar possíveis vantagens na adoção do modelo de exploração horizontal, com a consequente segregação da exploração da infraestrutura e do serviço de transporte, muito embora não defenda a prevalência de um modelo sobre o outro, também sustenta a necessidade de motivação da escolha do modelo de exploração da FNSTC:

Por isso mesmo, não se pretende nesse parecer afirmar a priori a superioridade de um modelo sobre o outro neste caso concreto ou a existência de uma superioridade intrínseca, que valha para todos os casos e todas as ferrovias. **O que se questiona é não haver neste processo e no âmbito do Ministério dos Transportes, nem no da ANTT, qualquer discussão sobre isso, considerando que ambos têm competência legal para promover e fomentar essas discussões técnicas, cabendo ao Ministério dos Transportes, fundamentadamente, fazer a escolha de forma coerente com os estudos que forem realizados.** (Grifos não constantes do original)

Verifica-se, no entanto, que a questão chegou a ser objeto de diligência pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária – SeinfraPortoFerrovia, que, por meio do Ofício 0456/2017-TCU/SeinfraPortoFerrovia, de 4 de outubro de 2017, nos autos

do referido processo, TC 026.071/2017-7, de Natureza de Relatório de Acompanhamento, formulou a seguinte diligência ao então Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA:

1. Conforme delegação de competência conferida pelo EXMO. Ministro-Relator Bruno Dantas, inserida no art. 1º, inciso II, da Portaria-MIN-BD 1/2014, e com vistas ao saneamento dos autos do processo em epígrafe, que trata de Relatório de Acompanhamento dos atos e procedimentos preparatórios para a licitação da subconcessão à iniciativa privada de trecho da Ferrovia Norte-Sul (FNS), **solicito a Vossa Senhoria que**, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da presente comunicação, nos termos do art. 157, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, **encaminhe a este Tribunal cópia, em meio digital, dos seguintes documentos:**

**a) processo administrativo que originou a Nota Informativa Conjunta 1/2017 - DEOUTSNTTA/DP-SFP, de 26/4/2017, bem como qualquer nota técnica ou relatório que contribuiu para a fundamentação das seguintes premissas:**

**a.1) adoção do modelo vertical de exploração da ferrovia, indicando se houve avaliação de modelos alternativos de exploração econômica da ferrovia;**

a.2) definição do prazo da concessão de 30 anos, indicando se houve análise de alternativas; e

a.3) definição do critério do maior valor de outorga para a licitação da subconcessão da Ferrovia Norte Sul - Tramo Sul, bem como a indicação da forma de pagamento pelo direito de explorar a ferrovia.

b) informe motivadamente se a conclusão das obras da Ferrovia Norte Sul - Tramo Sul ficará de fato a cargo da Valec ou se a responsabilidade pelo término dessas obras ficará a cargo da futura subconcessionária. (Grifos não constantes do original).

Em atenção à referida diligência, o MTPA, por meio da Nota Informativa Conjunta nº 10/2017/DP - GPI/SFP-MTPA, de 13 de outubro de 2017, exarada pelas Secretarias Nacional de Transportes Terrestres e Aquaviário e Secretaria de Fomento e Parcerias, apresentou a seguinte manifestação:

4. (...) desde a publicação do documento intitulado “Prestação de contas ordinária anual – Relatório de gestão do exercício de 2015” (páginas 70 e 71) que justificou a retirada da meta de implantação do modelo horizontal de operação ferroviária da atual política pública do governo para o setor, conforme transcrição abaixo, tem-se como premissa que o modelo de concessão ferroviária voltou a ser o vertical.

Sabendo que um dos aspectos que levaram a se pensar a implantação do modelo horizontal era uma ampliação do compartilhamento das malhas

ferroviárias entendeu-se que esse aspecto deveria ser acrescentado ao modelo vertical anteriormente existente o que resultaria maior atuação regulatória para que o compartilhamento das malhas ferroviárias fosse representativo.

“O novo modelo de concessão ferroviária proposto originalmente pelo Governo Federal e descrito anteriormente (Modelo Horizontal) previa, dentre outras premissas, a possibilidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas por meio dos Operadores Ferroviários Independentes (OFI), serviço esse desvinculado da exploração da infraestrutura ferroviária (vide Lei nº 12.743/2012).

Cumprir dizer que os OFI poderão atuar em regime de competição com as concessionárias ferroviárias verticais no âmbito do Subsistema Ferroviário Federal (SFF).

Para a viabilização da implantação do Modelo Horizontal, seria necessária a aquisição, pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, de capacidade operacional das concessionárias horizontais, bem como aquisição de capacidade ociosa das concessionárias verticais, para posterior oferta pública aos OFI.

Contudo, a implantação do novo modelo de concessões ferroviárias mostrou-se incompatível com o agravamento das condições fiscais e econômicas enfrentadas pelo país, haja vista o grande esforço financeiro que seria exigido da União, caso se optasse pela adoção do modelo horizontal. O modelo horizontal previa alocar a assunção de todos os riscos econômicos dessa operação à VALEC, a quem caberia o ônus de assumir o risco de demanda, garantindo a remuneração do capital investido pelas concessionárias horizontais.

Nesse cenário, optou-se pelo aperfeiçoamento do atual Modelo Vertical de concessão ferroviária, equiparando os Operadores Ferroviários Independentes às atuais concessionárias verticais para fins de aquisição e uso da capacidade ociosa existente no Subsistema Ferroviário Federal. Assim, esses operadores poderão celebrar Contratos Operacionais Específicos (COE) diretamente com as concessionárias verticais, visando ao compartilhamento da infraestrutura ferroviária federal que lhe é concedida, o qual poderá ocorrer na modalidade de Tráfego Mútuo (TM) e de Direito de Passagem (DP). Importante consignar que esses COE regularão os direitos e as obrigações das partes referentes aos aspectos técnicos, econômicos, de segurança, de utilização de capacidade, dentre outros.”.

**5. Observa-se na justificativa supramencionada o entendimento acerca da necessidade de estudos mais aprofundados sobre a temática, bem como a intempestividade da almejada migração de modelo de operação ferroviária**

frente ao agravamento das condições fiscais e econômicas enfrentadas pelo país.

6. A despeito de considerar os efeitos de se manter o modelo de integração vertical existente ou adotar o modelo Open Access (separação vertical), **observa-se que, dada as peculiaridades da malha ferroviária nacional, relacionadas principalmente aos aspectos operacionais, as combinações de modelos de exploração ferroviária são bastante variadas. Nesse sentido, Di Pietrantonio e Pelkmans (2004)[1] alegam que nenhum modelo é melhor que o outro, sendo que a escolha depende de características intrínsecas de tráfego, escala, densidade e demandas de mercado de cada realidade e, não necessariamente a melhor opção envolve a escolha de um único modelo.**

7. Para corroborar a afirmação de que não há melhor modelo de operação ferroviária, temos como exemplo os Estados Unidos e o Canadá que operam no modelo vertical. Por sua vez o modelo “Open Access” encontra-se mais difundido na Europa e Austrália.

(...)

9. No mesmo sendo, Castelar e Azevedo (2016)<sup>[3]</sup> afirmam que sem uma estrutura necessária, o contrário pode acontecer: **o estabelecimento de um regime de “Open Access” com separação de infraestrutura e serviços de transporte aumenta os custos operacionais e de transação, gerando outras fontes de ineficiência. O principal motivo disso é que a separação vertical exige que empresas diferentes coordenem suas decisões em um contexto de informação assimétrica, objetivos conflitantes e baixas barreiras de entrada no segmento de serviços de transporte. Nesse contexto, por exemplo, seria muito difícil estabelecer e atribuir as responsabilidades de cada empresa em um possível acidente ferroviário. (Grifos não constantes do original)**

A suficiência dos argumentos apresentados é explicitamente ratificada pela SeinfraPortoFerrovia ao asseverar que:

21. **As diretrizes acerca da política pública a ser alcançada foram estabelecidas pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) por meio da Nota Informativa Conjunta 10/2017- DEOUT-SNTTA/DP-SFP/2017 (peça21, p.5). Esse documento orienta que a exploração da ferrovia se dará por meio do modelo verticalizado, que prevê a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura ferroviária já construída. (Grifos não constantes do original)**

Não por outra razão, à luz dos esclarecimentos prestados, a SeinfraPortoFerrovia, ao delimitar o “escopo” e “não escopo” da sua auditoria, considerando os critérios de risco, materialidade e relevância, **estabeleceu que as premissas de política pública definidas pelo MTPA constituiriam “não escopo”**. Veja-se:

60. Por fim, não serão objetos da presente análise questões sobre a política pública, mormente no que diz respeito à manutenção do modelo verticalizado de concessão e à realização da licitação da FNS antes da definição quanto à prorrogação ou não das concessões adjacentes.

(...)

62. Por outro lado, definiu-se como não-escopo:

(...)

**e) as premissas de política pública definidas pelo MTPA;** (Grifos não constantes do original)

A exclusão explícita do tema do escopo do Relatório de Acompanhamento, em conformidade com os termos da Portaria-Segecex n. 27, de 9 de dezembro de 2016, que aprovou o Manual de Acompanhamento, revela que a d. Unidade Técnica do TCU, ao avaliar a questão, não vislumbrou fatores de risco que justificassem a sua inclusão no escopo da auditoria. A esse respeito, o seguinte excerto extraído do referido manual:

#### DELIMITAÇÃO DO ESCOPO DO ACOMPANHAMENTO

28. **A delimitação do escopo do acompanhamento pode ser realizada por meio da avaliação de risco<sup>9</sup>, análise de problemas<sup>10</sup> ou análise SWOT/DVR<sup>11</sup>.** Esses métodos permitem à equipe a sistematização de informações e conhecimentos, além de facilitar a identificação de áreas de maior risco em organizações, políticas, programas, projetos ou atividades governamentais (ISSAI 3000/Apêndice 1, p. 86).

29. As ferramentas recomendadas para avaliar riscos são:

29.1 **Análise SWOT e o Diagrama de Verificação de Riscos (DVR) – a Análise SWOT identifica forças e fraquezas do ambiente interno e oportunidades e ameaças do ambiente externo do objeto auditado. A partir das fraquezas e ameaças, fatores de risco são identificados e posteriormente classificados por probabilidade de ocorrência e impacto, utilizando-se para isso o DVR. OS riscos mais significativos podem ser selecionados como foco do acompanhamento.**

29.2. **Análise de riscos e matriz de riscos – os eventos de risco são identificados a partir da análise dos processos que suportam os objetivos finalísticos do objeto fiscalizado. Os riscos podem impedir ou dificultar o alcance dos objetivos propostos. É preciso identificar também se há controles internos, e se estes são suficientes para mitigar riscos identificados. Os riscos residuais são classificados quanto à probabilidade e à consequência, e os mais relevantes podem compor o escopo do acompanhamento.** (grifos não constantes do original)

Ao apreciar o feito, o Relator da matéria, Ministro Bruno Dantas, rechaçou de plano a proposição do MPJTUCU, por não reconhecer na questão gravidade suficiente para obstar o leilão, explicitado em seu voto, acompanhado pelos demais ministros, nos seguintes termos:

38. No caso em análise nestes autos, não verifico gravidade suficiente para rejeitar o primeiro estágio da subconcessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul. Enxergo a questão sob a perspectiva de que, neste processo de exame de outorga, deve-se verificar apenas se a modelagem do projeto está alinhada à política pública existente, qual seja, o modelo de exploração vertical, adotado em todas as demais concessões desse modal (tendo em vista a revogação do Decreto 8.129/2013). **A premissa é de que o Poder Concedente realizou suficiente análise quanto ao modelo de política pública em vigor, sem prejuízo de que o tribunal possa, posteriormente, avaliar a política em outro tipo de ação de controle.**

39. É sabido, ainda, que nos últimos anos foram travados diversos debates a respeito dos possíveis ônus e bônus de se realizar a mudança do modelo. Parte deste histórico está retratada no Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário.

40. **Compulsando os autos, verifico que a fundamentação para adoção do modelo vertical para a FNSTC foi apresentada após provocação da unidade instrutora sobre o ponto (peça 7), respondida na forma do material de peça 21. Na oportunidade, o Poder Concedente informou, por exemplo, que o modelo *Open Access* requer um quadro institucional complexo, em pleno funcionamento, além de poder aumentar custos operacionais e de transação, gerando outras fontes de ineficiência.**

41. **A motivação foi ainda fartamente complementada pelo memorial de peça 96, que traz um abrangente diagnóstico da política de transportes ferroviários como fundamento para a adoção do modelo atual.**

42. **Ora, diante de todo esse contexto, não me parece razoável exigir, neste momento, que se reabra a discussão sobre o modelo de concessões ferroviárias do país para somente após promover a licitação da FNSTC.**

43. **Saliento que esse posicionamento não significa que eu considere o modelo atual mais adequado do que o de segregação da estrutura, mas sim o reconhecimento de que esta Corte de Contas deve deferência a escolhas regulatórias quando se encontram alinhadas às políticas vigentes, sendo inviável exigir o comparativo dessas com outros modelos a cada projeto de desestatização que venha a ser submetido ao exame desta Corte de Contas. (Grifos não constantes do original).**

Conforme se observa, tanto a Unidade Técnica do TCU quanto o Plenário do **Tribunal**, motivadamente, em face dos esclarecimentos prestados ao longo de toda a **instrução** processual, não acolheram o parecer do Procurador do MPJTUCU.

Ademais, em brevíssima síntese, cumpre rememorar que o modelo vertical é o modelo de exploração ferroviária **tradicional** do Brasil, presente no ordenamento jurídico pátrio desde 31 de outubro de 1835, quando da edição do primeiro marco legal pelo Império, o Decreto nº 101. Em todas as suas versões legais, o modelo vertical tem sido, há mais de cento e oitenta anos, alicerce da engenharia, economia e regulação ferroviária brasileira. Foi no modelo vertical que toda a malha ferroviária nacional foi edificada por entidades públicas e privadas.

A tentativa de introdução do modelo horizontal durante o primeiro Governo Dilma Rousseff fora, indubitavelmente, a exceção à regra. Aliás, como destacou o Ministro Augusto Nardes no voto condutor do Acórdão n. 1.205/2015 – TCU – Plenário, o modelo horizontal proposto para o Plano de Investimento em Logística em Ferrovias (PIL Ferrovias), em 2012, era escasso de lastro e fundamentação:

(...)

26. A auditoria identificou que não houve formalização das etapas do processo de tomada de decisões acerca do programa.

27. Apontou também que não houve estudos técnicos, pareceres, atas de reuniões ou qualquer tipo de documento capaz de subsidiar formalmente a opção pelo modelo de operação – no que se inclui a modelagem tarifária baseada na comercialização da capacidade de operação das ferrovias pela Valec – e a priorização dos trechos escolhidos inicialmente.

(...)

30. Na mesma linha dos achados anteriores – mas sob uma ótica mais específica da análise – foi constatado inexistir a devida motivação por parte do Poder Executivo sobre aspectos relacionados à viabilidade deste novo modelo de operação ferroviária, especialmente quanto à seleção e à priorização dos trechos a serem concedidos, tendo em vista a falta de registros e estudos técnicos acerca dos possíveis benefícios, custos e subsídios à sua implantação e operação:

*“179. A ausência de estudos técnicos formais que verifiquem as alternativas possíveis para os problemas regulatórios das concessões ferroviárias, que avaliem os riscos do modelo proposto e que confrontem os benefícios a serem gerados pelo novo modelo com os custos e subsídios necessários ao longo do período de concessão gera muitas incertezas. Uma decisão tão complexa, com tantas variáveis e com elevado impacto nos futuros investimentos do setor ferroviário não pode limitar-se ao âmbito das discussões governamentais e abster-se de estudos robustos para minimizar os riscos de insucesso das medidas adotadas.”*

(...)

38. Acolho, na íntegra, as conclusões do presente relatório de auditoria, lavrado de forma conjunta pelas Secretarias de Fiscalização da Infraestrutura SeinfraAeroTelecom e SeinfraHidroFerrovia.

(...)

57. De tudo isso, devo presumir que algum estudo houve, ainda que de forma superficial e em caráter preliminar, ao menos para embasar apresentações sucintas como as relatadas pelo gestor (em computador, por meio do software **power point**), visto ser pouco provável que algo tão complexo e relevante pudesse simplesmente passar sem qualquer avaliação técnica prévia. Contudo, nem mesmo levantamentos técnicos preliminares que possam ter viabilizado tais apresentações foram entregues à equipe de auditoria.

Todo o histórico institucional sobre a opção pelo modelo vertical em detrimento do horizontal é farto em demonstrar que esta é a opção de maior segurança jurídica. A opção pelo modelo horizontal foi abandonada pelo próprio Governo Dilma Rousseff, quando da edição do PIL Ferrovias, segunda etapa, em 5 de junho de 2015, duas semanas após a edição do supracitado acórdão da i. Corte de Contas.

Ainda sobre este tema, mesmo que o Brasil não viesse a adotar o heterodoxo modelo horizontal que incluía a participação da Valec, as evidências técnicas e empíricas internacionais também sinalizam que o modelo horizontal ortodoxo não tem sido efetivo na provisão de competitividade e redução de custos, muito ao contrário.

O modelo horizontal, desde que a União Europeia, por meio da Diretiva nº 440, em 1991, passou a recomendá-lo aos seus países membros, tem passado por contínuo escrutínio da comunidade acadêmica internacional, sem, contudo, restar evidenciada a melhoria pretendida, como se pode observar nas conclusões de CASULLO (2016)<sup>1</sup>:

Using a difference-in-difference estimator, this paper finds that two years of on-track competition following open access entry have not yielded operational efficiencies in the rail markets affected (Austria, the Czech Republic and Italy) when compared to a group of similar rail networks. On the contrary, it appears that on-track competition is to date resulting in higher unit costs than in countries with monopoly passenger services. Higher unit costs may be the result of negative efficiency impacts (loss of economies of density, duplication of large upfront investment costs, higher coordination costs) outweighing the positive efficiency impacts witnessed in other liberalised sectors.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Casullo, L. (2016). The efficiency impact of open access competition in rail markets: the case of domestic passenger services in Europe. International Transport Forum Discussion Paper.

<sup>2</sup> Tradução livre: Usando um estimador de diferença-em-diferença, este artigo constata que dois anos de competição nos trilhos decorrentes do acesso aberto não produziram eficiências operacionais nos mercados ferroviários afetados (Áustria, República Checa e Itália) em comparação com um grupo de redes ferroviárias semelhantes. Ao contrário, afigura-se que a concorrência nos trilhos até o presente, resulta em custos unitários mais elevados do que nos países com serviços monopolísticos de passageiros. Custos unitários mais altos podem ser o resultado de impactos

No caso brasileiro atual é muito oportuno observar que o mercado ferroviário é caracterizado pela existência de empresas privadas que exploram a infraestrutura ferroviária em bacias geográficas distintas. No entanto, na maioria dos territórios onde o *open access* (modelo horizontal puro) foi implantado, as empresas que administram a infraestrutura são empresas estatais monopolistas, o exato oposto do Brasil.

A experiência mais notória é o caso do Reino Unido, onde a citada Diretiva fundamentou a decisão do Parlamento Britânico de aprovar a desestatização da empresa monopolista estatal (*British Railways*) em uma empresa privada exploradora da infraestrutura (*Railtrack*, em 1994) e diversas empresas privadas operadoras do transporte de carga ou de passageiros. Menos de uma década depois, o governo britânico foi forçado a reestatizar a empresa monopolista exploradora da infraestrutura, criando a *Network Rail*, em 2002. (JUPE & CROMPTON, 2006<sup>3</sup>; JUPE, 2009<sup>4</sup>).

As evidências internacionais sugerem que, sem a devida cautela, a conversão abrupta do modelo vertical em modelo horizontal, no caso concreto, poderia conduzir o Brasil ao mesmo destino do Reino Unido, outorgar a exploração da infraestrutura a um agente privado e devido às falhas intrínsecas do modelo, então, ver-se forçado a reestatizar a malha, com o agravante da crise fiscal brasileira que, além de denotar a incapacidade de pagamento de uma eventual rescisão antecipada, imporia severas e perenes restrições a capacidade de atração de investimentos em razão da alta probabilidade de impossibilidade de pagamento das obrigações do Poder Público, além do provável descrédito internacional.

Portanto, procrastinar o leilão da FNSTC sob este fundamento iria de encontro à eficiência administrativa e à segurança jurídica, princípios constitucionais tão caros a este Ministério.

### **III.1.3. Sobre o transporte de passageiros**

A 3ª CCR/MPF, por sua vez, baseada em “Considerandos” que explicitam as vantagens do transporte ferroviário de passageiros comparativamente à outras modalidades e a ausência de dados nos estudos de demanda sobre o transporte de passageiros na FNSTC, recomendou a apresentação de estudos relacionados à não previsão de metas para o transporte de passageiros na subconcessão da FNSTC.

No mesmo sentido, o Procurador do MPJTCU alega a falta de fundamentação para a não previsão de realização de transporte de passageiros na minuta de contrato da subconcessão da FNSTC. De acordo com o Procurador:

---

negativos na eficiência (perda de economias de densidade, duplicação de grandes custos iniciais de investimento, maiores custos de coordenação) superando os impactos positivos de eficiência observados em outros setores liberalizados.

<sup>3</sup> JUPE, R., & CROMPTON, G. (2006). “A deficient performance”: The regulation of the train operating companies in Britain's privatised railway system. *Critical perspectives on accounting*, 17(8), 1035-1065.

<sup>4</sup> JUPE, R. (2009). A “fresh start” or the “worst of all worlds”? A critical financial analysis of the performance and regulation of Network Rail in Britain's privatised railway system. *Critical Perspectives on Accounting*, 20(2), 175-204.

A segunda grande questão que se extrai dos autos é a **falta de qualquer previsão atinente ao transporte de passageiros**. É como se transporte de passageiros não existisse no mundo ou não pudesse conviver com transporte de cargas, quando convive no mundo desenvolvido, compartilhando, como regra, a mesma infraestrutura ferroviária.

(...)

Também neste aspecto da subconcessão ora proposta, **percebe-se que há uma definição tácita de uma política pública ou, em verdade, da falta dela**. Há uma definição que se manifesta pelo silêncio do edital e minuta de contrato sobre qualquer obrigação, incentivo ou meta de oferecimento do serviço de transporte de passageiros. **Há apenas uma superficial menção ao tema quando se fala do possível compartilhamento da infraestrutura (item 9.4 da minuta de contrato, peça 65)**.

**Da mesma forma que se verificou em relação à opção pelo modelo de exploração vertical, ao ver do Ministério Público de Contas, a definição dos contornos da política pública sob exame, no que se refere ao transporte de passageiros, precisa ser fundamentada em estudos e dados que demonstrem pelo menos a razoabilidade da opção feita, com incorporação desses estudos nas premissas da presente proposta de subconcessão para exame pelo Tribunal de Contas da União. (Grifos não constantes do original)**

A esse respeito, cumpre preliminarmente esclarecer que a **estimativa de demanda** por um determinado serviço/produto é parte fundamental de qualquer estudo de **viabilidade**, uma vez que impacta diretamente a receita e a necessidade de investimentos, ou seja, o **fluxo** de caixa. No dizer da SeinfraPortoFerrovia, é “ponto determinante da **viabilidade econômico-financeira do empreendimento**”.

Desse modo, diversamente do que se sucedeu com a discussão acerca do **modelo de exploração da ferrovia FNSTC**, os estudos de demanda, pela sua relevância, foram **considerados** no escopo da auditoria da SeinfraPortoFerrovia:

61. Dessa forma, resumidamente, o escopo da presente auditoria pode ser definido como:

**a) as premissas do estudo de demanda;** (grifos não constantes do original)

Veja-se que o estudo de demanda submetido à análise da unidade técnica foi elaborado pela Antt, em parceria com o Laboratório de Transporte e Logística da Universidade **Federal de Santa Catarina – LabTrans/UFSC**. O referido documento parte da delimitação da área de estudo, que “consiste em uma região geograficamente ampla, na qual espera-se que a **área influenciada** pela malha ferroviária esteja contida”. Nesse sentido, ressalta:

Essa ideia é reforçada por Ortúzar e Willumsen (2011), os quais defendem que, no desenvolvimento de projetos de planejamento estratégico, o processo decisório para definição da **área de estudo deve levar em consideração uma área de abrangência com tamanho suficiente para conter**

a maioria das origens e dos destinos dos fluxos de transporte. (grifos não constantes do original)

Para o estudo de demanda em questão, foram consideradas as seguintes definições:

a. Fluxos de transporte de mercado doméstico: possuem exclusivamente origens e destinos nas microrregiões brasileiras que compõem a área de estudo selecionada.

b. Fluxos de transporte de comércio exterior: no caso das exportações, possuem origem nas microrregiões brasileiras e destino nos agrupamentos de países, denominado blocos internacionais. No caso das importações, tal relação é válida, no entanto, no sentido contrário.

Após a delimitação dos fluxos de transporte, foram definidos os centroides que representam as microrregiões e os blocos internacionais. Segundo Ortúzar e Willumsen (2011), o centroide é representado por um ponto flutuante dentro de uma região. No que tange ao planejamento de transportes, o centroide de uma região pode ser definido mediante a escolha de algum critério quantitativo, dentre os quais, usualmente, faz referência ao número de habitantes das cidades, ao Produto Interno Bruto (PIB), número de viagens de passageiros ou de cargas, índice de industrialização, produção, consumo, entre outros.

No presente Estudo de Demanda definiu-se como centroide das microrregiões o marco geográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) da cidade com maior PIB, cujo ano-base é 2013. A única exceção ocorre no caso dos grãos sólidos vegetais, cujo centroide das microrregiões é definido como o marco geográfico do IBGE da cidade com maior produção agrícola, considerando as informações acerca da produção agrícola municipal, cujo ano-base é 2014.

Vê-se, dos critérios considerados, dos quais inclusive os dados de passageiros podem constituir um deles, que não se observou a sua representatividade na área de influência. Veja-se, a esse respeito que, a Antt, por meio da Portaria nº 266, de 18 de março de 2013, instituiu um Grupo de Trabalho para diagnosticar e propor ações que possibilitassem incrementar a participação do transporte ferroviário de passageiros no Brasil, utilizando-se da malha ferroviária existente e das futuras concessões.

Tal estudo identificou 15 trechos ferroviários prioritários, a saber:

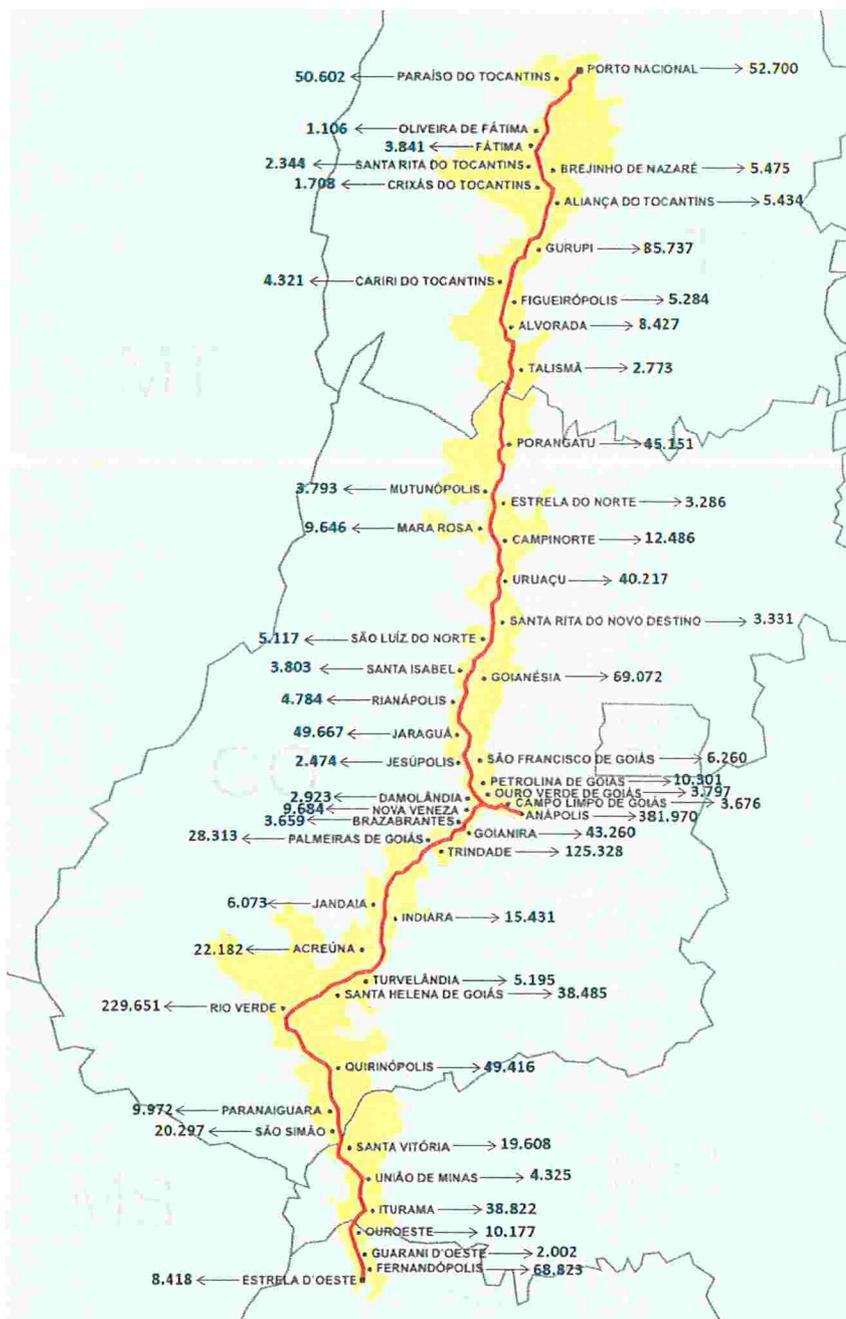
- i. **SE:** Laranjeiras - Aracajú - São Cristóvão – extensão 40 km;
- ii. **DF/GO:** Brasília - Luziânia – extensão 70 km;
- iii. **DF/GO:** Brasília - Anápolis - Goiânia – extensão 180 km (trecho novo);
- iv. **PR:** Londrina - Maringá – extensão 153 km;
- v. **RS:** Caxias do Sul - Bento Gonçalves – extensão 60 km;
- vi. **PE:** Recife - Caruaru – extensão 139 km;
- vii. **RJ:** Campos - Macaé – extensão 94 km;
- viii. **RJ:** Santa Cruz - Mangaratiba – extensão 49 km;
- ix. **MG:** Betim - Belo Horizonte - Nova Lima - Sete Lagoas – extensão 197 km;
- x. **SC:** Itajaí - Blumenau – extensão 146 km;
- xi. **RS:** Pelotas - Rio Grande – extensão 100 km;
- xii. **MG:** Bocaiúva - Montes Claros – extensão 217 km;
- xiii. **SP:** São Paulo - Itapetininga (priorizado Santos, Jundiaí, Campinas, São José dos Campos e Sorocaba) - Trem Intercidades – extensão 507 km;
- xiv. **BA:** Salvador - Conceição da Feira - Alagoinhas - Feira de Santana – extensão 288 km; e
- xv. **MA/PI:** Teresina - Codó - Altos – extensão 205 km.

Os resultados do estudo não evidenciaram, na ocasião, a representatividade da área de influência da FNSTC para a viabilização do transporte ferroviário de passageiros.

O Tramo Central da EF-151, situado entre os municípios de Porto Nacional/TO e Anápolis/GO, com extensão de 855 km, passa por 14 municípios do Estado de Tocantins e 19 do Estado de Goiás. Por sua vez, a Extensão Sul da EF-151 situa-se entre os municípios de Ouro Verde de Goiás/GO e Estrela D'Oeste/SP, com extensão de 682 km. Seu traçado passa por 16 municípios no Estado de Goiás, três em Minas Gerais e três em São Paulo.

A população total estimada pelo IBGE, em 2018, nos 55 municípios interceptados no traçado da presente subconcessão, é de 1.654.587, dos quais 87% tem menos de 50.000 habitantes. Ademais, o traçado da EF-151 está cerca de 35 Km distante dos centros comerciais dos maiores municípios. A seguir, encontram-se ilustrados os municípios acima referidos, com as respectivas populações estimadas para o ano de 2018, de acordo com dados do IBGE.

Figura 1: Municípios interceptados no traçado da presente subconcessão e respectivas populações estimadas em 2018.



Fonte: ANTT, com dados populacionais do IBGE)

Verifica-se do exposto que, ao longo do Tramo Central e Extensão Sul da EF-151, objeto da presente subconcessão, inexistem grandes ou densos aglomerados urbanos na região, o que se traduz na ausência de significativos contingentes humanos em deslocamento.

De toda sorte, é importante salientar que a movimentação de passageiros não é vedada nos termos da minuta contratual, admitindo-se, inclusive, que novos autorizatários ou permissionários possam realizar o transporte de passageiros não associados à exploração da infraestrutura, caso demonstrem interesse durante a vigência do futuro contrato de

concessão, nos termos das outorgas previstas na Lei nº 10.233, de 2001. Tal entendimento é expressamente adotado na minuta de contrato de subconcessão da FNSTC, cujos dispositivos que explicitam as regras de compartilhamento da infraestrutura e dos recursos operacionais assim determinam:

9.4 Garantido o acesso à infraestrutura ferroviária e aos recursos operacionais, a Subconcessionária deverá assegurar que o licenciamento seja feito de acordo com a seguinte ordem de prioridade:

(i) Trens de socorro ou serviço;

(ii) Trens de passageiros;

(iii) Trens de carga.

9.5 A prioridade indicada para os trens de passageiros deverá ser mantida, ainda que estejam atrasados.

Não obstante a previsão para existência de transporte de passageiros, é importante ressaltar que o transporte de cargas é a vocação natural da FNSTC, conforme reconhece a Valec, que atribui ao trecho ferroviário, entre outros objetivos:

a) estabelecer alternativas mais econômicas para os fluxos de carga para o mercado consumidor;

b) induzir a ocupação econômica do cerrado brasileiro;

c) favorecer a multimodalidade;

d) conectar a malha ferroviária brasileira;

e) promover uma logística exportadora competitiva, de modo a possibilitar o acesso a portos de grande capacidade; e

f) incentivar investimentos, que irão incrementar a produção, induzir processos produtivos modernos e promover a industrialização”, foi baseada precipuamente na movimentação de cargas.<sup>5</sup>

Ressalte-se que, mesmo o estudo de demanda estando inserido no escopo da Auditoria da SeinfraPortoFerrovia, em nenhum momento, no curso da instrução processual, foi feita qualquer observação quanto à ausência de dados relacionados ao transporte de passageiros, não havendo qualquer determinação ou recomendação a esse respeito.

Por ocasião do enfretamento do tema, o Relator da matéria, Ministro Bruno Dantas, teceu as seguintes considerações:

45. Já com relação ao transporte de passageiros, embora seja um ideal de futuro distante a ser buscado pelo país, me parece bastante claro que esta não é a vocação da Ferrovia Norte-Sul, pois ela foi projetada para o escoamento de carga. Talvez sequer sejam necessários estudos que

---

<sup>5</sup> <http://www.valec.gov.br/ferrovias/ferrovia-norte-sul/a-ferrovia-norte-sul>, acessado em 8 de março de 2018.

demonstrem a inviabilidade comercial de passageiros no trecho, já que não conecta grandes centros urbanos e perpassa, em sua grande maioria, zonas rurais ou desabitadas.

46. Impor o transporte de passageiros nesta linha seria subverter a lógica do projeto, sem contar com as possíveis ineficiências a serem geradas, como o conflito de tráfego prioritário desses vagões em detrimento da carga (imposta pela regulamentação setorial), a incompatibilidade da velocidade típica de operação dessa ferrovia (40 km/h) diante das necessidades do transporte das pessoas, a baixíssima densidade populacional e urbana de todo o trecho percorrido, investimentos adicionais em requisitos de segurança, construção de estações de passageiros, entre outras.

47. Ademais, a verdade é que estamos diante de escolhas públicas a cargo do Poder Executivo, as quais escapam às competências desta Corte.

48. Portanto, em respeito à repartição de funções constitucionalmente estabelecida e ao objetivo para o qual a FNSTC foi concebida, este Tribunal deve prestigiar a motivação apresentada e dar a oportunidade ao Poder Concedente de exercitar as decisões escolhidas e avaliar os resultados. (Grifos não constantes do original).

Nesse mesmo sentido, em pronunciamento exarado durante o julgamento do feito, o d. Ministro Benjamim Zymler, reconheceu que:<sup>6</sup>

(...) transporte de passageiros, com toda a honestidade, nem me parece digno de ser analisado, tendo em vista a especificidade deste projeto. E ele mudaria totalmente a lógica do empreendimento.

Conforme se observa, novamente, tanto a Unidade Técnica do TCU quanto o Plenário do Tribunal, motivadamente, em face dos esclarecimentos prestados ao longo de toda a instrução processual, não acolheram o parecer do Procurador do MPJTCU.

Cumprе salientar, no entanto, que não se está desprivilegiando o transporte de passageiros. Conforme identificado no estudo da Antt sobre a possibilidade incrementar a participação do transporte ferroviário de passageiros no Brasil, há inúmeros empreendimentos já identificados para a evolução prioritária do sistema ferroviário de passageiros, o que será oportunamente enfrentado, principalmente, quando for efetivada a reforma legislativa da qual se tratará adiante, nas considerações finais.

### III. Esclarecimentos adicionais

Os “Considerandos” que suportam os termos da Recomendação da 3ª CCR/MPF, além de contextualizarem suas disposições também sinalizam outros pontos, a princípio,

---

<sup>6</sup> Excerto degradado do áudio da sessão disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/sessoes/detalhes/autoplay/1-8A81881F6916EECD0169170CEE761B70.htm> – acessado em 8 de março de 2019.

controversos, o que revela a importância de esclarecê-los. Assim, seguem alguns esclarecimentos sobre os principais “Considerandos”.

#### IV.1. Sobre o direito de passagem e a isonomia no certame

A discussão acerca da isonomia do certame, na forma exposta nos “Considerandos” da Recomendação, revela-se, intrinsecamente, relacionada à garantia do direito de passagem, conforme se depreende, em particular, dos seguintes “Considerandos”:

**CONSIDERANDO o risco de direcionamento decorrente do conjunto de particularidades contidas no edital de licitação 2/2018 da ANTT que possibilitam vantagem competitiva no certame aos concorrentes que viabilizam o acesso dessa ferrovia aos portos, em afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e da proposta mais vantajosa para a Administração;**

**CONSIDERANDO que a ausência de regulação para o efetivo exercício do direito de passagem de cargas domésticas no trecho a ser subconcedido pela licitação 2/2018 da ANTT, decorrente do transporte de carga entre malhas adjacentes, prejudica a competitividade e a atratividade do leilão; (Grifos não constantes do original).**

Essa mesma preocupação foi manifestada pela SeinfraPortoFerrovia em sua instrução processual:

188. Isto porque, nas condições atuais existentes do mercado ferroviário, com o modelo de exploração vertical das malhas, dificilmente um novo player se interessaria pela licitação sem ter garantias de acesso aos portos, resultando em uma ferrovia que poderia transportar apenas as cargas com origem e destino no mercado interno e localizado nas cidades próximas à ferrovia. Ou seja, essa situação poderia tornar a novel ferrovia economicamente inviável para novos entrantes, uma vez que a demanda doméstica, pelo menos em médio prazo, não é significativa e a carga não possui as principais características para o transporte ferroviário: grandes volumes e longas distâncias.

(...)

191. Desta feita, sem regulação sobre preço e disponibilidade para atender direito de passagem da nova ferrovia, players independentes - os quais não possuem qualquer tipo de arranjo estratégico - comercial prévio com as concessionárias atuais -, potenciais interessados na licitação pela subconcessão, sofrerão, de alguma forma, custos mais elevados para garantir acordos de passagem de sua carga pelas ferrovias adjacentes.

192. Portanto, conclui-se que é de suma importância que a Agência preveja regras claras para garantir a passagem dos trens da novel subconcessão

pelas ferrovias adjacentes que dão acesso aos portos de exportação, de modo a reduzir na licitação condições assimétricas de concorrência - e de lance - para os interessados em participar do certame.

(...)

195. Assim, considerando a importância dessa decisão regulatória antes da publicação do edital, foi feita diligência à ANTT (peça 39) para que a Agência informasse qual a escolha regulatória seria adotada para garantir o direito de passagem da FNS nas ferrovias adjacentes. (Grifos não constantes do original)

Como forma de mitigar os riscos apontados pela Unidade Técnica do Tribunal, a Antt celebrou “Termos Aditivos aos contratos de concessão vigentes com as cinco concessionárias adjacentes ao trecho a ser subconcedido, fazendo constar nesse instrumento jurídico as diretrizes operacionais e parâmetros de desempenho a serem cumpridos pela concessionária, bem como o valor máximo de referência para a tarifa de direito de passagem para cada malha. Com base nessas condições limite, o novo subconcessionário poderá negociar e firmar Contratos Operacionais Específicos (COEs) com cada ferrovia adjacente.”

A solução engendrada pela Agência foi acolhida pela SeinfraPortoFerrovia como suficientes para mitigar os riscos identificados:

202. As preocupações demonstradas na Audiência Pública e nas reuniões técnicas resultaram em uma alteração na forma de regular o direito de passagem para o trecho ferroviário em análise. **Constatou-se que a Agência optou pela definição das condições de contornos, expostas nas notas técnicas encaminhadas, a serem incluídas nos Termos Aditivos aos contratos, a serem firmados individualmente com as concessionárias. Nos casos em que não houver interesse da concessionária, a Agência informou que irá celebrá-los de forma unilateral, com base no interesse público e nas suas competências legais.**

203. Nesse novo contexto, a subconcessionária vencedora saberá quais são as condições máximas para o exercício do direito de passagem, o que pode acarretar uma maior competitividade e diminuição do desequilíbrio do certame. Após firmar o contrato, a futura subconcessionária deverá, então, entrar em negociação com as outras concessionárias e promover a assinatura do COE junto a cada concessionária adjacente, documento necessário para o exercício do compartilhamento da via. No sentido norte a nova subconcessionária terá que firmar três COEs para acessar o Porto de Itaquí/MA e no sentido sul serão dois outros COEs para conseguir acessar o Porto de Santos/SP.

204. Sobre a opção escolhida, deve-se mencionar a premente necessidade de se oficializar preço máximo para direito de passagem e reserva de capacidade, com fins de proteção da operacionalização da novel ferrovia, devendo para isso, utilizar-se de todos os meios administrativos e jurídicos possíveis, em prol do interesse público. **Portanto, em que pese a ANTT ainda não ter apresentado os termos aditivos celebrados, entende-se como adequada a**

**via adotada para garantir a instituição de tarifa-teto e reserva de capacidade.** (Grifos não constantes do original)

Tal circunstância levou à determinação 9.2.2 do Acórdão n. 2195/2018 – TCU – Plenário, *in verbis*:

**9.2.2. incluir, no conjunto de documentos que comporão o edital, todos os termos aditivos aos contratos devidamente firmados com as demais concessionárias direta e indiretamente adjacentes, de forma a assegurar as condições básicas de exercício do direito de passagem, incluídos os parâmetros de tarifas-teto, ou outra solução regulatória que garanta o direito de passagem mediante fixação prévia, se for o caso, de condições operacionais, tarifárias e de volume de tráfego, em atenção aos princípios a que aludem as Leis 8.987/1995 e 8.666/1993, dentre os quais os da isonomia, da regularidade, da continuidade, da eficiência e da modicidade tarifária, e ao disposto nos arts. 18, incs. I, II e VII, 23, inc. II, e 25, inc. V, da Lei 8.987/1995;** (Grifos não constantes do original)

Dessa forma, foram celebrados aditivos contratuais previamente a realização da licitação, cujo objetivo é trazer maior credibilidade ao certame, na medida em que já existe uma obrigação de compartilhamento de infraestrutura pelas concessionárias adjacentes, que dará maior segurança jurídica nas relações comerciais.

Nos referidos termos aditivos, foram incluídas as tarifas-tetos para o direito de passagem, bem como garantida a capacidade para a futura subconcessionária, nos primeiros 5 (cinco) anos de concessão. O limite do período de 5 (cinco) anos decorreu, entre outras razões, em face das contribuições advindas ao longo da Audiência Pública nº 007/2017, em que se questionou uma intervenção excessiva do órgão regulador, fixando as quantidades ao longo de todo o prazo da subconcessão.

Com a delimitação do prazo alhures, buscou-se assegurar que, em determinado momento, nos 5 (cinco) primeiros anos da subconcessão, que a FNSTC tenha garantido os volumes previamente estabelecidos, de forma a resguardar o período de *ramp-up* da nova infraestrutura. Após esse período, as empresas estão livres para pactuarem seus contratos, observando, obviamente, a arcabouço normativo vigente.

Desse modo, a limitação temporal não deveria ser compreendida como limitante, ao contrário, o objetivo é permitir que com a conformação e o funcionamento da ferrovia sob nova administração pelo prazo de 5 anos, as relações comerciais possam se estabelecer sem desnecessária intromissão regulatória, ressalvada a possibilidade de edição de novas medidas a tempo para garantir tal desiderato.

A Unidade Técnica, muita embora, a princípio, tenha considerado limitado o prazo inicial de vigência dos termos aditivos firmados, relativizou seu efeito no tempo. Veja-se:

**236. Em relação ao prazo de vigência dos termos aditivos firmados com as demais concessionárias, entretanto, deve-se mencionar a fragilidade na opção da ANTT por regular reserva de capacidade operacional para a FNS - Tramo Central apenas para os primeiros cinco anos da subconcessão.** Na hipótese de não ocorrer renovação de prazo das principais concessões adjacentes (Malha Paulista,

EFC e MRS), tais restrições podem se manter até o final da vigência dos atuais contratos (2027) e dependerá, como já descrito, da regulação e arbitramento pela ANTT para a resolução de potenciais conflitos.

237. No entanto, frente à possibilidade de prorrogação dos prazos de vigência dos atuais contratos das concessionárias adjacentes, cujos pleitos de prorrogação antecipada se encontram em análise pela ANTT, considera-se que a Agência terá a oportunidade de tratar essas condicionantes na prorrogação das avenças, de forma ordinária ou antecipada. Portanto, no acompanhamento das prorrogações contratuais das concessionárias RMP, MRS, EFC e FTL, o Tribunal poderá verificar de que forma a ANTT incluiu a previsão de reserva de capacidade das malhas, visando a integração do sistema ferroviário. Portanto, deixa-se de propor encaminhamentos. (Grifos não constantes do original)

A questão foi reconhecida como sensível para a viabilidade do projeto pelo Relator do processo, mas, em linha com a SeinfraPortoFerrovia, considerou as medidas adotadas suficientes:

211. A viabilidade econômico-financeira do objeto da concessão está fundamentalmente relacionada à necessidade de compartilhamento de malhas operadas por terceiros, portanto é estritamente necessária a concretização do direito de passagem previamente à licitação. Por se tratar da delegação de serviço público de competência da União (CF/88, art. 21, inc. XII, alínea “d”), deve-se observar os princípios a que aludem as Leis 8.987/1995 e 8.666/1993, dentre os quais os da isonomia, regularidade, continuidade, eficiência e modicidade tarifária, e o disposto nos arts. 18, incisos I, II e VII, 23, inciso II, e 25, inciso V, da Lei 8.987/1995;

212. Isso porque a garantia do direito de passagem e/ou tráfego mútuo, não apenas formalmente, mas principalmente em termos de tarifas-teto e capacidade disponível, é uma necessidade que se impõe para a integração do sistema ferroviário nacional como um todo, cuja relevância agora se sobressai diante do potencial conectivo do Tramo Central da FNS ao entrar em operação.

213. O estabelecimento de tarifas-teto não deixará de prestigiar a livre negociação entre as partes, na forma do art. 12 da Resolução-ANTT 3.695/2011, e ainda mitigará parte dos efeitos adversos do regime monopolista de acesso ferroviário aos portos. Partindo do pressuposto de que os cálculos da tarifa para compartilhamento já foram realizados pela ANTT, caberia ao regulador apenas formalizar o teto tarifário, para reduzir conflitos negociais, e permitir que as partes pactuem preços abaixo desse limite.

214. O tema é de suma importância para a viabilização dos Operadores Ferroviários Independentes (OFIs), conceituados como pessoas jurídicas autorizadas pela ANTT a realizar ou prestar o serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária, para si ou terceiros (Resolução-ANTT 4.348/2014, art. 2o, inc. XVIII).

215. Por tudo isso, a celebração de termos aditivos com as concessionárias adjacentes que, em última análise, poderão ser até unilaterais, à revelia dos contratados, parece solução aparentemente simplificada diante de problema de grande envergadura, o qual parece merecer mais atenção e uniformidade de tratamento por parte da Agência. Por outro lado, pode ser o início de uma regulação mais firme sobre o tema. (Grifos não constantes do original)

Veja-se que, nem mesmo a celebração de aditivo unilateral é considerada óbice pelo Plenário do TCU. Obviamente, o fato de se já haver celebrado aditivos para mitigar os riscos econômicos do futuro concessionário no compartilhamento da infraestrutura dos demais incumbentes, estipulando termo para a intervenção inicialmente em cinco anos, não impedirá, que a Agência volte a celebrar aditivos análogos no futuro, caso os julgue necessários.

Cumpra ainda atentar-se para a circunstância de que a limitação temporal incide apenas em relação aos termos da capacidade, de modo que os tetos tarifários aplicáveis ao exercício do direito de passagem vigerão, observados de atualização, ao longo de todo o período de vigência contratual.

Ademais, o comissionamento de uma nova ferrovia no centro da malha poderá fomentar a criação de novas cadeias logísticas, atualmente antieconômicas devido à escassez de transportes, em que novos fluxos poderão surgir no sentido portos – interior, reduzindo a assimetria no poder de barganha entre os concessionários e decorrente necessidade de intervenção da Antt.

Por fim, entende-se que as medidas regulatórias acerca do direito de passagem estabelecidas em regulamento e para o caso concreto são suficientes para assegurar a isonomia na participação do certame.

#### IV.2. Sobre o inventário dos bens públicos objeto da subconcessão

Depreende-se do teor de “Considerandos” da Recomendação à preocupação com o adequado tratamento do patrimônio público e suas consequências para a regular prestação do serviço público concedido. Nesse sentido, pondera:

**CONSIDERANDO o evidente conflito de interesse previsto no item 3, 3.1, (vii) da Minuta de Contrato de Subconcessão do Edital, que atribui à futura subconcessionária a obrigação de promover o levantamento dos bens da subconcessão no prazo de 365 dias contados da data de assunção; inclusive dos bens reversíveis, dando ao particular o direito de quantificar bens e valores públicos;**

**CONSIDERANDO que os bens reversíveis objeto da subconcessão do tramo central da Ferrovia Norte-Sul, entre Porto Nacional/TO e Estrela D’Oeste/SP, não se encontram inventariados, e que a minuta de contrato que acompanha o edital 2/2018 da ANTT transfere para o particular a obrigação de fazê-lo, reforçando a assimetria informacional em desfavor da União; (Grifos não constantes do original)**

Tal preocupação levou a 3ª CCR/MPF a exarar recomendação à Antt para:

b) que suspenda a licitação da subconcessão da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, até que tenha sido concluído levantamento prévio do inventário da concessão, especificando as características técnicas e o estado de conservação e operação do conjunto de bens cuja posse será transferida pela interveniente subconcedente à subconcessionária; (Grifos não constantes do original)

Nesse sentido, o regramento atualmente disposto na minuta de contrato caminha nessa direção, conforme subcláusula 1.1 e alínea (a), inciso iii, subcláusula 3.1, que assim estabelece:

(yy) Termo de Recebimento Definitivo: documento assinado pela ANTT, Interveniente Subconcedente e Subconcessionária, emitido após o decurso do prazo para a reclamação prevista na Subcláusula 3.1(iii)(a), e que contém a aceitação expressa e definitiva da Subconcessionária quanto à descrição do estado de conservação, operação e especificações técnicas dos bens indicados no Termo de Recebimento Provisório.

(zz) Termo de Recebimento Provisório: documento assinado pela ANTT, Interveniente Subconcedente e Subconcessionária, com o inventário realizado pela Interveniente Subconcedente acerca dos bens vinculados à Concessão e existentes a serem transferidos, com o estado de conservação, operação e especificações técnicas, e que formaliza a permissão de uso e acesso aos ativos, instalações e equipamentos da Subconcessão. (grifei)

(...)

(iii) A Subconcessionária, na data de assinatura do Contrato, assinará também o Termo de Recebimento Provisório.

(a) com a Data de Assunção, será iniciada a contagem do prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para que a Subconcessionária reclame formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios ocultos que acometam os bens da Ferrovia cuja posse foi a ela transferida pela Interveniente Subconcedente, nos termos do Anexo 5.”

Outrossim, antes da assinatura do contrato, o ganhador do certame receberá o inventário dos bens que lhe serão transferidos a fim de que possa empregá-los plenamente na execução do objeto contratual.

Atrelado a essas ações, salutar enaltecer, que tanto na fase de apuração de eventuais inconformidades pela subconcessionária (Subcláusula 3.1, inciso (iii), (a)), como na elaboração do Termo de Recebimento Definitivo, há a participação efetiva da ANTT, à quem cabe a avaliação dos eventuais vícios apontados e, ao fim e ao cabo, a manifestação definitiva quanto à questão.

Todo procedimento de contestação do inventário dos bens então disciplinados no Anexo 5 do contrato de subconcessão. Assim, conforme se observa, o inventário dos bens não se dará unicamente de forma *a posteriori*, mas, ao contrário, será disponibilizado previamente à assinatura do contrato, com a previsão de período de avaliação e contestação pela empresa e, ao fim, após a manifestação do Regulador, encerrado o documento definitivo.

Ao analisar a questão, a Unidade Técnica - SeinfraPortoFerrovia - não apresentou objeções às disposições contratuais sobre a matéria, em que pese tenha apontado preocupações com indefinições sobre as obras remanescentes da Extensão Sul, o que foi enfrentado, por meio de outro encaminhamento. Veja-se:

252. Nessa definição, nos termos do item 3.1 (ii) da minuta de contrato, incluem-se os bens adquiridos, arrendados, locados e construídos para a execução do Contrato, aqueles cuja posse foi transferida pela Interveniente subconcedente (Valec) e todos os bens decorrentes de investimentos realizados por usuários em razão do objeto da subconcessão.

253. O item 3.1 (iii) da minuta de contrato (peça65) indica que a transferência para a subconcessionária da malha ferroviária se dará inicialmente por meio de termo de recebimento provisório e, após o prazo de 365 dias, passará a vigor o termo de recebimento definitivo descrito no item 3.1 (iv) da minuta. A partir do termo definitivo, a subconcessionária passará a se responsabilizar pelos bens, o que inclui a manutenção prevista no caderno de obrigações.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

254. **Contatou-se que o processo de recebimento da malha ferroviária construída pela Valec está definido contudo as indefinições acerca das obras remanescentes da Extensão Sul, apontadas no item 3.3.2.2 da presente instrução, podem indicar a necessidade de reequilíbrio da avença. Tais preocupações foram apontadas naquela seção do texto. Dessa forma, deixa de se propor encaminhamentos. (Grifos não constantes do original)**

O Relator da matéria, Ministro Bruno Dantas, por sua vez, também não vislumbrou maiores objeções ao regramento previsto. Em seu voto, salientou:

161. **A meu ver, não parece necessária a realização prévia de um inventário completo e minudente, com todo detalhamento técnico necessário, visto que isso será feito pela subconcessionária. Mas julgo ser o caso de se realizar levantamento preliminar, com enfoque nos bens de maior relevância, e com nível de precisão apenas suficiente para dar maior segurança jurídica a todas as partes interessadas e, principalmente, facilitar o controle posterior que será feito pelo Poder Público sobre o inventário apresentado pela subconcessionária.**

162. **Outro aspecto notável é que, enquanto a linha férrea goza de razoável padronização, sendo devido apor atenção maior apenas sobre o que foge do padrão, ou seja, sobre as desconformidades técnicas já conhecidas e outras porventura existentes, no caso das obras de arte especiais é preciso definir seu estado de conservação e características técnicas, dada a singularidade de cada uma delas.**

163. **Ante o exposto, deve-se determinar à Valec que, como condição à celebração do contrato de subconcessão e à assunção da subconcessão em tela, realize o levantamento e avaliação mínima, em termos de especificações técnicas, estado de conservação e operação e eventuais**

desconformidades, do conjunto de bens reversíveis a serem transferidos à futura subconcessionária, em nível de detalhe adequado à complexidade e padronização dos bens que serão transferidos, fazendo com que o levantamento conste no contrato ou em seus anexos, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência (Lei 9.784/1999, art. 2º, caput), c/c art. 2º, inc. II, da mesma Lei, e à luz das competências que lhe são dirigidas pela Lei 10.233/2001, art. 20, inc. II, alínea "b", art. 24, incs. VIII e X, art. 25, incs. III e IV, art. 34-A, § 2º, inc. I, e art. 35, inc. I.

164. De certo, o monitoramento desta deliberação permitirá ao Tribunal avaliar se o nível de detalhe do levantamento promovido estará adequado ao caso concreto.

165. Destaco ainda que o Poder Concedente afirmou em sede de memorial que pretende realizar o aludido levantamento previamente à assinatura do contrato, com descrição do estado de conservação, operação e especificações técnicas dos bens indicados no Termo de Recebimento Provisório, conforme previsto em instrumentos contratuais (peça 96, p. 48).

166. Ademais, dissinto da consideração colocada pelo MPTCU (peça 95, p. 31-34), no sentido de que o levantamento acima referido incluía a precisa delimitação das invasões na faixa de domínio anteriores à data de assunção e das invasões por terceiros em bens da subconcessão anteriores à data de assunção.

167. Esses aspectos afetam a operação ferroviária, tanto que foram objeto de determinações, mas não alteram quantitativa e qualitativamente os bens reversíveis, considerando-se o objetivo do levantamento (parametrizar devolução e/ou indenizações futuras, por exemplo), portanto não se confundem com o ato de inventariá-los.

168. Entendo que a preocupação de fundo será resguardada com a determinação, já mencionada neste Voto, para que a ANTT dê publicidade ao rol de passivos ambientais já catalogados ou de conhecimento da interveniente subconcedente (Valec) e da Agência. (Grifos não constantes do original)

Denota-se do exposto, a suficiência dos procedimentos da Antt, tendo restado evidenciado outra ordem de preocupação, qual seja, a disponibilização previa dos passivos, nos termos do item 9.3 Acórdão nº 2195/2018-TCU-Plenário:

9.3. **determinar à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com fulcro no art. 43, inc. I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inc. II, do Regimento Interno do TCU, que realize, como condição prévia à celebração do contrato de subconcessão e à assunção da subconcessão, o levantamento e avaliação mínima, em termos de especificações técnicas e estado de conservação e operação, do conjunto de bens reversíveis a serem transferidos à futura subconcessionária, em nível de detalhe adequado à complexidade e padronização dos bens que serão transferidos, fazendo com que o levantamento conste no contrato e/ou anexos, em atenção aos princípios da**

segurança jurídica, do interesse público e da eficiência (Lei 9.784/1999, art. 2º, caput), c/c art. 2º, inc. II, da mesma Lei, e à luz das competências que lhe são dirigidas pelos art. 20, inc. II, alínea “b”, art. 24, incs. VIII e X, art. 25, incs. III e IV, art. 34-A, § 2º, inc. I, e art. 35, inc. I, da Lei 10.233/2001;

Dessa forma, em atendimento à determinação alhures, será disponibilizado, previamente à celebração do contrato, o levantamento detalhado em termos de especificações técnicas e estado de conservação, bem como de operação do conjunto de bens reversíveis a serem transferidos à futura subconcessionária, de maneira em que a declaração dos bens integre as avenças contratuais.

### IV.3. Sobre as obras sobre a responsabilidade da Valec

Outra ordem de preocupação que fundamentam a Recomendação da 3ª CCR/MPF refere-se ao eventual atraso nas obras sob responsabilidade da Valec. A esse respeito, o i. *Parquet* assevera:

**CONSIDERANDO o risco de atraso nas obras sob responsabilidade da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A para a conclusão da Ferrovia Norte-Sul – Tramo Central, em vista de paralisações recentes e de eventuais futuras decorrentes de determinações judiciais<sup>9</sup>, e seu potencial impacto para o início das operações ferroviárias pelo subconcessionário vencedor da licitação;**

CONSIDERANDO que o Art. 26, §2 da Lei nº 8.987/95 determina que “o Subconcessionário se sub-rogará em todos os direitos e obrigações da subconcedente, dentro dos limites da subconcessão”; (Grifos não constantes do original)

Ante essas considerações, a 3ª CCR/MPF recomendou à Antt:

**c) que reavalie a possibilidade de atribuir ao subconcessionário a ser contemplado no certame licitatório da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, a responsabilidade pela conclusão das obras ainda não concluídas pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A; (Grifos não constantes do original)**

A medida se insurge contra a previsão da minuta de contrato que, a princípio, estabelecia que a Valec continuaria com a obrigação de conclusão, em especial, das obras dos lotes 1S, 1AS, 2S, 3S e 3SA e quanto às consequências advindas da sua não conclusão.

Por sua vez, a Unidade Técnica do TCU, em sua proposta de encaminhamento, determinou, em síntese: (i) a fixação de data limite para a conclusão das obras a cargo da VALEC; (ii) fossem promovidas as alterações dos valores de CAPEX no modelo econômico-financeiro, a fim de refletir as correções que deverão ser feitas no tocante às obras realizadas pela VALEC fora das especificações técnicas (4S); e (iii) fosse dada publicidade às incorreções identificadas nos lotes 5S e 5SA e dar o tratamento contratual adequado (previsão de reequilíbrio econômico-financeiro ou alteração do CAPEX no modelo econômico-financeiro).

Ante os questionamentos formulados da unidade instrutora, a Agência fixou o prazo de 24 meses para conclusão das obras a cargo da Valec após a data de assunção do contrato. Reconheceu, entretanto, a necessidade de promover ajustes na minuta de forma a prover maior clareza e objetividade às obrigações da Valec, em especial aquelas afetas às obras da Extensão Sul.

Impende destacar também que o então MTPA, em agosto de 2018, encaminhou à ANTT novas diretrizes no tocante à assunção ou não, pelo Subconcessionário, das obras a cargo da VALEC, no intuito de mitigar os riscos apontados pela Corte de Contas, em cumprimento aos termos da instrução técnica<sup>7</sup>. Em síntese:

**Quadro 1: Novas diretrizes no tocante à assunção ou não, pelo Subconcessionário, das obras a cargo da VALEC**

LOTE	SITUAÇÃO
<b>Lote 1S - 1SA</b>	Obras remanescentes para conclusão do lote serão repassadas para a subconcessionária.
<b>Lote 2S</b>	Obras serão concluídas pela VALEC até a assunção da ferrovia pela subconcessionária.
<b>Lote 3S - 3SA</b>	Obras remanescentes para conclusão do lote serão repassadas para a subconcessionária.
<b>Lote 4S</b>	Obras remanescentes para conclusão do lote serão repassadas para a subconcessionária.
<b>Lote 5S</b>	Obras de infraestrutura ferroviária serão concluídas pela Valec até a assunção da ferrovia pela concessionária. Restante das obras de superestrutura, e respectivo custo, serão repassadas para a subconcessionária.
<b>Lote 5SA</b>	Obras de infraestrutura ferroviária serão concluídas pela Valec até a assunção da ferrovia pela concessionária. Restante das obras de superestrutura, e respectivo custo, serão repassadas para a subconcessionária.

Fonte: MTPA

No tocante aos problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, a instrução técnica do TCU apresentou duas opções, a ser adotada pela ANTT: (i) informar aos potenciais licitantes os casos de reequilíbrio do contrato e sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no OPEX, ou (ii) promover ajustes no CAPEX, na modelagem econômico-financeira e demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados na brita para esses lotes.

A questão foi elucidada pelo voto do Ministro Relator Bruno Dantas que, em primorosa manifestação, que respeitou a discricionariedade da Administração Pública no caso e mitigou o suposto risco por meio de mecanismo de alocação de risco. A esse respeito:

**82. É notório que o contexto do setor ferroviário brasileiro é demasiado complexo e os contornos contratuais previstos não resolvem os problemas**

<sup>7</sup> Conforme NOTA TÉCNICA Nº 15/2018/CGOFA/DOU/SNTTA-MTPA.

que costumeiramente se repetem em contratos de concessão: pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro por descumprimento de obrigações, inexecução de obrigações dos concessionários, baixo índice de cumprimento de parâmetros e metas operacionais e deficiências de regulação.

83. A experiência tem demonstrado que as regras contratuais têm se mostrado suscetíveis a múltiplas interpretações a depender dos efeitos dos fatos ao longo da outorga, notadamente o atraso de obras a cargo do Poder Público e outras.

84. Para evitar que falhas recorrentes em processos concessórios se repitam em novos contratos, o Poder Concedente precisa impor critérios estritamente objetivos e capazes de evitar riscos danosos ao erário.

85. Nesse sentido, a sub-rogação das obrigações da subconcedente relativas à conclusão das obras para a subconcessionária seria mais clara, ao alocar o risco de atraso da efetiva interligação da FNSTC à Malha Paulista à parte que detém, de fato, maior capacidade de gerenciá-lo: a futura subconcessionária.

86. Apesar de todas as possíveis vantagens, tenho claro que tal decisão compete ao Poder Concedente, melhor conhecedor do objeto que este órgão de controle externo, e que inexistente parâmetro legal a ser imposto ao gestor por este Tribunal. De fato, cada opção trará consigo vantagens, desvantagens e os correspondentes riscos, conforme alguns julgados do TCU têm demonstrado, e esse exame deve ser realizado de forma fundamentada antes de se ultimar o leilão.

87. Compulsando os autos, verifiquei que o ponto foi objeto de diligência da SeinfraPortoFerrovia (peça 7, item “b”), respondida por meio da peça 21 pela ANTT (de 20/10/2017) e peça 25 pela Valec (de 21/11/2017).

88. Em resumo, o lote 4S foi incluído como serviço remanescente no âmbito da subconcessão e, para os lotes 5S e 5SA, optou-se por concluir os serviços remanescentes por meio dos contratos já firmados, uma vez que os serviços remanescentes eram da ordem de 4% e 13%, respectivamente, ou apenas 0,08% da Extensão Sul. Motivações complementares foram juntadas aos autos em sede de memorial (peça 96).

89. Por conseguinte, as opções adotadas pelo Poder Concedente dentro de seu espaço de discricionariedade estão razoavelmente fundamentadas, e devem ser respeitadas, sem prejuízo de se adotar a possível solução aventada pelo Parquet na forma de recomendação à Agência para, se julgar conveniente e oportuno tal encaminhamento, especifique, no edital de licitação e na minuta de contrato, que a subconcessionária se sub-rogará em todas as obrigações da subconcedente em relação às obras, concluídas ou inconclusas, inclusive quanto à obrigação de sanar eventuais vícios ou defeitos, excetuando-se os comprovadamente ocultos na data da assunção que tenham sido objeto de reclamação no prazo estipulado, que as tornem impróprias ao uso a que são destinadas, ou lhes diminuam o valor, abstendo-se de reivindicar indenizações ou reclamar abatimento no valor de outorga sob esse fundamento. (Grifos não constantes do original).

Esse posicionamento foi acolhido pelo Plenário do TCU, que recomendou à ANTT, no item 9.4.5 do Acórdão n. 2.195/2018-TCU-Plenário:

9.4. **recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres**, com fulcro no art. 250, inc. III, do Regimento Interno do TCU, que, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade:

9.4.5. **especifique, no edital de licitação e na minuta de contrato, que a subconcessionária se sub-rogará em todas as obrigações da subconcedente em relação às obras, concluídas ou inconclusas, inclusive quanto à obrigação de sanar eventuais vícios ou defeitos que as tornem impróprias ao uso a que são destinadas, ou lhes diminuam o valor**, excetuando-se os comprovadamente ocultos na data de assunção que tenham sido objeto de reclamação no prazo contratualmente estipulado, abstendo-se de reivindicar indenizações ou reclamar abatimento no valor de outorga sob esse fundamento, em atenção ao art. 26, § 2º, da Lei 8.987/1995, promovendo-se as devidas alterações nas cláusulas contratuais que tratam de repartição de riscos;

A recomendação foi acolhida pela Antt que incluiu dispositivo contratual na minuta do contrato de subconcessão de que a futura subconcessionária deverá se manifestar, previamente à assinatura do contrato sobre o seu interesse em se sub-rogar nas obrigações em relação às obras envolvendo a Valec:

Cláusula 21

(...) Notifica a ANTT sobre o interesse em sub-rogar-se nos direitos e obrigações oriundas dos contrato de prestação de serviço em relação às obras, concluídas ou inconclusas, firmados com pessoas físicas e jurídicas pela VALEC, ou acerca da decisão pela não continuidade dos mesmos.

#### **IV.4. Sobre os vícios identificados no Contrato de Subconcessão 33/2007 – alocação de riscos e passivos ambientais**

Em alguns dos seus “Considerandos”, em especial quanto à alocação de riscos e passivos ambientais, há, inicialmente, uma referência à vícios identificados pelo TCU no Contrato de Subconcessão 33/77, objeto do TC 014.907/2015, os quais, teriam inclusive levado ao TCU a recomendar no item 9.7.1 do Acórdão 2.313/2015-TCU-Plenário, que a Valec avaliasse “a conveniência em se dar continuidade à subconcessão da FNS, diante do novo cenário de concessões ferroviárias do País e dos impasses jurídicos e econômicos para a União do Contrato 33/2007”.

Em breve síntese, extraída do relatório do Acórdão em referência:

(...) Pendências ambientais e de construção localizadas nos trechos da subconcessão iniciaram o imbróglio jurídico envolvendo o contrato 33/2007. O TCU já tinha identificado assunção de responsabilidades e renúncia de direitos (outorga) pela Valec desde 2010 (item 9.2.1 do Acórdão 2.246/2010-TCU-Plenário). Com o decorrer dos anos a situação dos recebimentos de trechos pela Valec somente se agravou, já que novos passivos ambientais e de

construção vêm sucessivamente sendo atribuídos à estatal em prejuízo à União (item 9.16.1 do Acórdão 1.910/2012 TCU Plenário).

Depreende-se dos “Considerandos” relacionados ao tema o aparente receio de que a mesma situação venha a se repetir na subconcessão da FNSTC.

Cumpra, todavia, esclarecer que essa preocupação com a correta alocação dos riscos relacionados à subconcessão também foi manifestada pela SeinfraPortoFerrovia e pelo Plenário do TCU, inclusive, com o acolhimento parcial de sugestão do MPJTCU:

**Compete ao TCU velar pela efetiva competição na licitação a ser realizada, razão pela qual o Ministério Público de Contas pugna por que o TCU determine à ANTT que promova os necessários ajustes nas minutas do edital e do contrato a fim de que todas as obrigações relativas aos passivos ambientais sejam integralmente transferidas para a subconcessionária, incluídos os passivos cujos fatos geradores sejam anteriores à data de assunção do contrato.”**

A esse respeito, pronunciou-se o Ministro Relator Bruno Dantas:

**107. Reputo louvável a preocupação do membro do Ministério Público de Contas em propor medidas que melhor delimitem as responsabilidades das partes quanto aos passivos ambientais, de modo a reduzir as incertezas contratuais frequentemente observadas em contratos de concessão. A mesma racionalidade se aplica às invasões de faixa de domínio, sendo que, nesse caso, o mapeamento das situações de desconformidade é ainda mais objetivo e de conhecimento da Valec.**

**108. A dúvida recai sobre a melhor forma de fazê-lo, visto que este Tribunal deve velar pela competência do Poder Concedente. De forma diversa do membro do MPTCU, entendo que a decisão de transferir integralmente os riscos relativos aos passivos ambientais à subcontratada é decisão discricionária do gestor, a qual deve ser bem motivada, já que a lei não prescreve um exato modo de proceder.**

**109. Não se pode perder de vista que a imposição à subconcessionária de riscos excessivos e possivelmente incalculáveis certamente será precificada pelo mercado. Ou seja, a competitividade e a objetividade precisam ser equilibradas com valores como a eficiência, a modicidade das tarifas e a viabilidade econômico-financeira da concessão.**

110. Rememoro ainda que os passivos ambientais derivam de fatos extracontratuais, causados principalmente pelas empreiteiras contratadas pela Valec para a construção da ferrovia. De certo, há instrumentos jurídicos que ainda regem as responsabilidades da interveniente subconcedente e de suas contratadas por esses fatos pretéritos, os quais devem ser levados a termo.

**111. Sabe-se que a missão constitucional deste TCU transita pela convergência de atos e contratos aos estritos ditames da lei. Sempre que a**

norma prescreve a forma de agir e os requisitos exigíveis, o Tribunal determina seu cumprimento. Por outro lado, ao perscrutar a eficiência e a efetividade, em geral recomenda a adoção de melhores práticas.

112. Como se observa, existe motivação suficiente e razoável, razão pela qual a decisão discricionária do gestor deve ser acatada por este Tribunal. Isso não significa afirmar que se trata do mecanismo mais correto ou eficiente para o contrato, pois só poderemos realizar tal avaliação ao longo ou ao final do contrato de subconcessão.

113. Estando diante de uma opção regulatória razoável e motivada, cujos potenciais problemas indicados pelo Parquet também podem ser mitigados por meio de atuação adequada da entidade reguladora, este Tribunal deve depositar confiança na escolha realizada pelos agentes competentes.

114. Desse modo, acolho a proposta do MPTCU quanto a essa questão sob a forma recomendação à ANTT que promova os necessários ajustes nas minutas do edital e do contrato a fim de que todas as obrigações relativas aos passivos ambientais e às invasões de faixa de domínio sejam integralmente transferidas para a futura subconcessionária por meio do instituto legal da sub-rogação, incluídos aqueles cujos fatos geradores sejam anteriores à data de assunção do contrato. (Grifos não constantes do original)

A sugestão foi acolhida em Plenário do TCU, nos termos do item 9.4.4 do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, *in verbis*:

9.4. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 250, inc. III, do Regimento Interno do TCU, que, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade:

(...)

**9.4.4. promova os necessários ajustes nas minutas do edital e do contrato a fim de que todas as obrigações relativas aos passivos ambientais e às invasões de faixa de domínio sejam integralmente transferidas para a futura subconcessionária, incluídos aqueles cujos fatos geradores sejam anteriores à data de assunção do contrato, em atenção ao art. 26, § 2º, da Lei 8.987/1995;**

Apesar de se tratar de recomendação, seu teor foi acolhido pela Agência Reguladora e incorporado aos termos da minuta do contrato de subconcessão da FNSTC, da seguinte forma:

“4.4 As ações de compensação ambiental e plantio compensatório referentes aos trechos mencionados nas subcláusulas 4.2 e 4.3 permanecerão sob a responsabilidade da Interveniente Subconcedente.

(...)

12.2 Direitos e Deveres da Interveniente Subconcedente

(...)

(ii) Sem prejuízo de outras disposições previstas em lei, no Contrato e em seus Anexos, são deveres da Interveniente Subconcedente:

(...)

(f) responsabilizar-se pelos encargos ambientais relacionados ao objeto do Contrato, cujo fato gerador seja anterior à Data de Assunção;

(g) executar as ações de compensação ambiental e plantio compensatório mencionadas na subcláusula 4.4;

(h) responsabilizar-se pelos passivos ambientais e ocupações na faixa de domínio, cujo fato gerador seja anterior à Data de Assunção;

(...)

27.1 Com exceção dos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente na subcláusula 27.2, a Subconcessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Subconcessão, inclusive, mas não se limitando, aos seguintes:

(...)

(v) Valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes de Desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas, ocupação provisória de bens imóveis, custos e encargos decorrentes do processo de licenciamento ambiental de operação e desocupações da faixa de domínio, observado o disposto na subcláusula 5.1;

(...)

(xiii) Correção, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental, construtivo e por invasão de faixa de domínio relacionado à Ferrovia, cujo fato gerador seja anterior ou posterior à Data de Assunção;

(...)

(xv) responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes da prestação do serviço e execução do Contrato, e causados pela Subconcessionária;

(...)

27.2 A Subconcessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Subconcessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(...)

(viii) a execução das ações de compensação ambiental e plantio compensatório referentes aos trechos mencionados nas subcláusulas 4.2 e 4.3;

(...)

27.3 A Subconcessionária declara: (i) Ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e (ii) Ter levado tais riscos em consideração na formulação do seu plano de negócios.”

Nota-se, que a Valec é responsável pela execução das ações referentes às compensações ambientais e ao plantio compensatório, ficando o subconcessionária responsável perante o Poder Concedente, quanto à prevenção, correção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental, construtivo, e por invasões da faixa de domínio, seja este por fatos anteriores ou posteriores à Data de Assunção.

Nesse horizonte, a Comissão de Outorga, por meio do Comunicado Relevante nº 05/2019, disponibilizou aos interessados o acesso aos projetos e laudos técnicos de ensaios entregues pela Valec à ANTT, indicando o local e o período para obtenção das respectivas cópias.

Ademais, foi oportunizado também visitas aos segmentos ferroviários objeto da licitação, possibilitando assim, que os interessados pudessem realizar suas próprias medições.

Questão preponderante que necessita ser apontada, pois difere completamente do contrato do Tramo Norte, diz respeito exatamente à alocação de risco, e conseqüentemente ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, haja vista que no caso da FNSTC, os passivos ambientais e construtivos anteriores ou posteriores à data de assunção, não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme assim assevera o contrato:

### 3 Bens da Subconcessão

#### 3.1 Composição

(iii) A Subconcessionária, na data de assinatura do Contrato, assinará também o Termo de Recebimento Provisório.

(...)

(d) a Subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato com relação às inconformidades técnicas e aos vícios ocultos reclamados fora do prazo estipulado na subcláusula 3.1 (iii) (a).

(...)

(ix) Os passivos ambientais, construtivos, e por invasões na faixa de domínio anteriores ou posteriores à Data de Assunção e assim identificados não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

27.4 A Subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro, nas hipóteses da subcláusula 27.1.

Desse modo, importante ressaltar, com as exceções destacadas, que os eventuais reparos, prevenções ou remediações aos passivos relacionados às obras da FNSTC, sejam eles decorrentes de fatos geradores anteriores ou posteriores à data de assunção, serão de responsabilidade da subconcessionária.

Nesse sentido, entende-se que as questões atinentes aos passivos ambientais e de invasões de faixa de domínio foram tratadas e solucionadas de forma plena para FNSTC, não havendo margens para questionamentos futuros, e estão em consonância com as orientações do TCU.

#### **IV.5. Sobre a velocidade média comercial**

Em determinado momento, ao apresentar “Considerandos” acerca do modelo de exploração ferroviária, a 3ª CCR/MPF apresenta a Velocidade Média Comercial (VMC) do Brasil, de 16,71 Km/h, em 2017, conforme Anuário Estatístico da Antt, e a velocidade média operacional no tráfego de carga nos Estados Unidos, de 80,0 km/h, em 2013. Nesse sentido:

**CONSIDERANDO que a velocidade média comercial (VMC), segundo o Anuário Estatístico da ANTT, foi de 16,71 Km/h no Brasil, no ano de 2017<sup>5</sup>, enquanto, nos Estados Unidos a velocidade média operacional no tráfego de carga foi de 80,0 km/h<sup>6</sup> em 2013;**

**CONSIDERANDO o teor da Recomendação: “6 a)” exarada pelo Tribunal de Contas Europeu em 2016: “O financiamento do MIE centrar-se-á em projetos com um elevado valor acrescentado para a UE. Os fundos afetados aos projetos da RTE-T ao abrigo do recentemente criado MIE encontrar-se-ão disponíveis apenas para projetos que cumpram o Regulamento RTE-T, ou seja, que permitam uma velocidade de 100 Km/h, 22,5t de carga por eixo e comboios de 740m de comprimento. O resultado consistirá na melhoria das condições das operações de transporte ferroviário de mercadorias.”;**

**CONSIDERANDO que, a perdurar a velocidade média do modal ferroviário existente, o Brasil ficará condenado ao atraso do desenvolvimento econômico pela lentidão, injustificável, no escoamento dos bens a serem transportados;**

Preliminarmente, cumpre diferenciar os conceitos empregados para fins de comparação: Velocidade Média Comercial (VMC) e Velocidade Média de Percurso (VMP). Enquanto o primeiro considera não só os tempos de percurso dos trens, como também os tempos de carga e descarga nos terminais, bem como outras paradas decorrentes da operação ferroviária, o segundo considera tão somente os tempos dos trens em trânsito.

Com todas as vênias, é preciso esclarecer que a fonte citada, Benzi (2014), comete um erro material quanto à velocidade média operacional no transporte de carga dos

EUA, que levou o d. *parquet* a erro. No original<sup>8</sup>, lê-se à página 70, que a velocidade média é de 80km/hm, *in verbis*:

(...) as velocidades médias operacionais no tráfego de carga são muito diferentes nos dois países. No Brasil, a velocidade média é de aproximadamente 25 km/h, enquanto, nos Estados Unidos é de 80 km/hm (CNT, 2013a).

Note-se que, segundo suas referências, Benzi (2014) remete ao relatório intitulado O Sistema Ferroviário Brasileiro (CNT, 2013), que por sua vez não possui nenhuma anotação sobre a velocidade média do transporte ferroviário de cargas americano.

Em verdade, e segundo consulta a fontes oficiais e bibliografia especializada, a velocidade média do transporte ferroviário de cargas americano é de 20 milhas por hora, ou 32,5km/h e não 80 km/h. À guisa de exemplo, cita-se Ballou (2006)<sup>9</sup>, pg. 154, e APTA (2018), pg.12 e 30.

Não há como se negar que a qualidade da infraestrutura ferroviária brasileira na média é inferior à americana, todavia, também é preciso reconhecer que alguns corredores ferroviários brasileiros de maior demanda possuem eficiência semelhante à média americana. Para que os demais ramais brasileiros subótimos desenvolvam seu potencial algumas reformas estruturais precisarão ser realizadas, que, no entanto, vão muito além do escopo do edital de licitação da ferrovia Norte-Sul, tramo central.

#### IV.5. Sobre a situação financeira da Valec

Em determinado momento, a 3ª CCR/MPF argumenta, em um de seus “Considerandos” inseridos na seção que trata do modelo de exploração ferroviária, que a Valec “detém a capacidade operacional da Ferrovia Norte-Sul – Tramo Central e já arcou com praticamente todos os investimentos necessários à sua infraestrutura.”

Cumprе salientar, todavia, que, nos termos dos estudos que suportam o processo de su concessão, os investimentos necessários para a conclusão das obras remanescentes, apenas dos Lotes 4S, 5S e 5S, é de aproximadamente R\$ 175 milhões.

Ocorre que a Valec é uma empresa pública dependente, portanto, que, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF recebe do seu ente controlador – União – “recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.”

Logo, a empresa não gera receita suficiente para manter as suas operações, sendo dependente de recursos orçamentários tanto para o seu custeio quanto para a

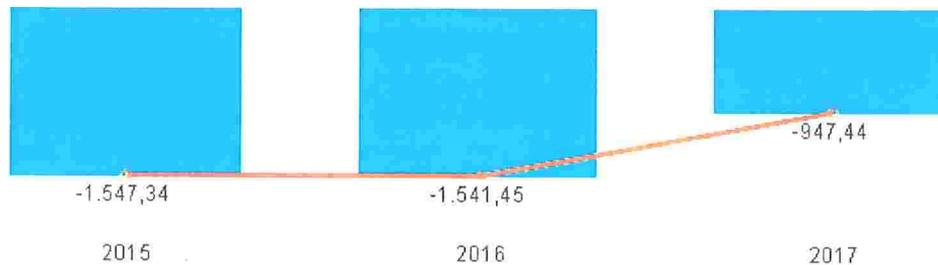
---

<sup>8</sup> Benzi, Joyce Felisbina Carpane. Avaliação da capacidade operacional rodoviária de uma passagem em nível. Dissertação de Mestrado. Unicamp. 2014.

<sup>9</sup> BALLOU, Ronald H. Gerenciamento da Cadeia de Suprimentos-: Logística Empresarial. Bookman Editora, 2006. AMERICAN PUBLIC TRANSPORTATION ASSOCIATION et al. [2017 Public Transportation Fact Book](#). Washington, DC. 2018.

realização de investimentos. Veja-se, a esse respeito, a evolução do resultado líquido da Valec nos últimos anos disponíveis:

Figura 1 – Evolução do Resultado Líquido da Valec (R\$ Milhões) <sup>10</sup>



Fonte: SEST – Panorama das Estatais

Conforme se observa, a empresa é dependente do Orçamento Geral da União e, mesmo que a maior parte dos investimentos já tenha sido efetuada, resta pendente a conclusão de investimentos, a maior parte dos quais será transferida para a futura subconcessionária. Deve-se considerar ainda os custos de manutenção dos trechos já construídos, os quais, mesmo sem operação, demandam recursos de aproximadamente R\$ 30 milhões/ano.

Portanto, reitera-se, procrastinar o leilão da FNSTC sob este fundamento irá de encontro à eficiência administrativa e com graves efeitos financeiros para a União e elevando-se os riscos de prejuízo nas condições de conservação de seu patrimônio.

#### IV. Considerações finais

Como dito inicialmente, este Ministério reconhece que as ações estatais empreendidas nas últimas décadas não foram suficientes para a promoção de infraestruturas de transportes na quantidade e na qualidade demandadas pela sociedade brasileira.

No setor ferroviário este fenômeno é ainda mais evidente, como sinalizam diversos indicadores, a exemplo, mas não somente: da baixa densidade da malha brasileira; do diminuto número de *players*; do elevado percentual de ramais subutilizados; da escassez de transporte de passageiros; do elevado preço das tarifas de carga; do abandono do patrimônio cultural.

O Minfra pugna para superar não apenas as severas restrições fiscais que caracterizam a atualidade, mas principalmente o insuficiente grau de governança da política pública na área ferroviária, que, historicamente, impediram a obtenção de resultados adequados, além de terem dado azo à formulação das Recomendações aqui contestadas.

<sup>10</sup>

<http://www.panoramadasestatais.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=paineldopanoramadasestatais.qvw&lang=en-US&host=QVS%40srvbsaiasprd07&anonymous=true> – Acessado em 13 de março de 2019.

O desafio de elevar a qualidade do transporte ferroviário brasileiro necessitará da cooperação de todos os atores estatais, e passará, necessariamente, pela formulação e discussão de reformas estruturantes. Fortes incentivos econômicos e sociais precisam ser introduzidos no arcabouço normativo a fim de inibir ou mesmo extirpar comportamentos oportunistas dos atores interessados, bem como, fomentar a criação de novos ativos onde a demanda por transporte de cargas ou de passageiros é mais premente.

O setor ferroviário brasileiro, com a proximidade do termo da maioria dos atuais contratos de concessão ferroviária, vive momento singular, quando poderão ser aplicadas novas soluções para o atual déficit ferroviário nacional.

Além das possibilidades introduzidas por meio da Lei nº 13.448, de 2017, a serem aplicadas com a necessária parcimônia e fundamentação, o Ministério identifica a necessidade de outros, com destaque para o Projeto de Lei do Senado nº 261, de 2018, que dispõe sobre a exploração indireta, pela União, do transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada; autoriza a autorregulação ferroviária; disciplina o trânsito e o transporte ferroviário.

Nascido no Senado Federal, esta proposição pretende desregulamentar parte do mercado ferroviário à semelhança do que já aconteceu, exitosamente, em outros mercados de infraestrutura, a exemplo do: de telecomunicações; de energia; de óleo e gás; de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; de transporte aéreo; e portuário.

O fomento à contestabilidade no mercado ferroviário é medida fundamental para mitigar diversos problemas apontados pelo d. *parquet*. Em um mercado como maior diversidade de *players* e menores restrições a entrada, os agentes econômicos não poderão abusar da condição monopolista que atualmente exercem nos contratos de concessão.

A flexibilização da iniciativa, a abertura ao empreendedorismo, o aproveitamento de receitas assessórias, entre outras medidas liberalizantes propostas no Senado Federal poderão fomentar significativa recuperação da malha atualmente abandonada e de seu entorno, revitalizando centros urbanos, reaquecendo a economia, melhorando a mobilidade das cidades brasileiras.

Não obstante, nenhuma política pública no setor ferroviário será plena sem que, concomitantemente, a credibilidade do ambiente regulatório seja recuperada. Nesse sentido, ratifico a importância de, tão logo seja oportuno, levar ao Congresso Nacional proposição no sentido de recriar a Agência Nacional de Transportes, nos moldes originais formulados no Governo Fernando Henrique Cardoso.

Mais uma vez, o momento exige à refundação da regulação em transportes a fim de que o país experimente mais eficiência, com transparência, na solução dos conflitos intrínsecos aos mercados regulados pela futura agência. A burocracia regulatória precisa ser efetiva, célere e independente, tanto da mão forte do Governo quanto da mão invisível do Mercado. A participação dos órgãos de controle é, sem dúvida, decisiva nesse processo.

Assim, em que pese o robusto respeito que se nutre pela instituição Ministério Público, ratifica-se o entendimento de que a procrastinação do leilão da Ferrovia Norte Sul

tramo Central trará mais malefícios do que benefícios, em razão dos riscos de depreciação dos ativos e necessidade de emprego imediato da infraestrutura no escoamento da safra agrícola.

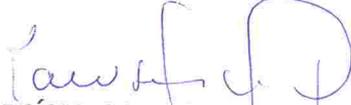
Nesse sentido, pugna-se que, no caso em questão, sejam considerados os termos do disposto do art. 22 da Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, *in verbis*:

**Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.**

**§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Grifos não constantes do original)**

Feitas essas considerações, o Ministério solicita a reconsideração da Recomendação, em face dos elementos ora apresentados e se coloca à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

  
**TARCÍSIO GOMES DE FREITAS**  
Ministro de Estado da Infraestrutura

