

Processo TC 026.071/2017-7 (com 94 peças)
Relatório de Acompanhamento

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Cuidam os autos de acompanhamento do primeiro estágio do processo de desestatização, na forma de subconcessão, da infraestrutura da Estrada de Ferro EF-151, no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO e Estrela D'Oeste/SP, denominado Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC).

I. INTRODUÇÃO

A. Histórico da Ferrovia Norte-Sul

A Ferrovia Norte-Sul (FNS ou Estrada de Ferro 151) foi projetada para ampliar e integrar a malha ferroviária nacional. Seu traçado inicial possuía extensão de cerca de 1.550 km, de Açailândia/MA a Anápolis/GO. A ideia era que a ferrovia se conectasse ao norte com a Estrada de Ferro Carajás, e, ao sul, com a Ferrovia Centro Atlântica. Posteriormente, por força das Leis 11.297/2006 e 1.772/2008, o traçado foi ampliado, passando a ter 3.100 km de extensão, entre Belém/PA e Panorama/SP. Com essa nova configuração, o objetivo era acessar o Porto de Vila do Conde, no Pará, bem como integrar a ferrovia com a Rumo Malha Paulista, a fim de permitir o acesso ao Porto de Santos, em São Paulo. Atualmente, o objetivo anunciado é que a ferrovia chegue até o Porto de Rio Grande, no Rio Grande do Sul.

A concessão da Ferrovia Norte-Sul foi originalmente outorgada à Valec Engenharia e Construções Ltda. por meio dos Decretos 94.176/1987 e 94.813/1987. O contrato de concessão foi celebrado em 29/1/1988 e ratificado em novo contrato assinado em 8/6/2006. Seu prazo de vigência é de 50 anos, prorrogável por mais 50 anos.

As obras de construção da ferrovia foram iniciadas em 1987. Na atualidade, está pronto e operacional o trecho entre Açailândia/MA e Anápolis/GO, com cerca de 1.550 km. Estão em andamento e em fase final de conclusão as obras do trecho Ouro Verde/GO – Estrela D'Oeste/SP, que perfazem 684 km de extensão. Os demais trechos ainda não tiveram construção iniciada.

Mediante o convênio celebrado em 30/12/1993 (Convênio 1/1993 – peça 11, pp. 1/7, do TC 033.220/2012-3), a Valec concedeu permissão de uso do ramal ferroviário do trecho Açailândia/MA – Imperatriz/MA à Companhia Vale do Rio Doce (CVRD). Em termo aditivo firmado em 29/12/1998, a permissão foi estendida para o trecho Açailândia/MA – Estreito/MA (peça 11, pp. 10/3, do TC 033.220/2012-3). Na véspera do fim da vigência do Convênio 1/1993, foi celebrado, em 27/12/2005, o Contrato 26/2005, que autorizou a operação exclusiva da ferrovia pela CVRD no trecho Açailândia/MA – Aguiarnópolis/TO, pelo prazo de 12 meses (peça 11, pp. 18/27, do TC 033.220/2012-3).

B. Problemas relativos à primeira subconcessão verificados pelo TCU

Em 25/5/2006, a ANTT autorizou a Valec a efetuar a subconcessão de trechos da Ferrovia Norte-Sul, observado o disposto no art. 26 da Lei 8.987/1995.

Em 2007, ocorreu o leilão para a subconcessão do trecho da FNS compreendido entre Açailândia/MA e Palmas/TO, que perfaz 720 quilômetros. Esse trecho, denominado de “Tramo Norte”,

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

foi arrematado pela então Companhia Vale do Rio Doce (atual Vale S.A.), pelo lance mínimo de R\$ 1,478 bilhão. Em decorrência da licitação, foi firmado, em 20/12/2007, o Contrato de Subconcessão com Arrendamento 33/2007 entre a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e a Ferrovia Norte Sul S.A. (sociedade de propósito específico criada pela CVRD), para a prestação do serviço de administração e exploração do referido trecho ferroviário pelo prazo de 30 anos, prorrogável na forma da lei. Atualmente, a controladora da Ferrovia Norte Sul S.A. é a VLI Multimodal S.A., subsidiária integral da VLI S.A., a qual possui como acionistas a Vale S.A., a Mitsui, o FI-FGTS e a Brookfield.

O acompanhamento da outorga da subconcessão do Tramo Norte da FNS foi promovido pelo TCU no âmbito do TC 022.096/2005-9. Mediante o Acórdão 102/2007-Plenário (Ministro-Relator Augusto Nardes), foi autorizada a continuidade do processo de outorga da subconcessão, desde que atendidas as determinações efetuadas à ANTT e à Valec nos itens 9.1 e 9.2 dessa mesma deliberação. Por meio do Acórdão 2.629/2007-Plenário, o TCU aprovou, com ressalva, o 1º estágio do processo de outorga, e reviu, de ofício, a determinação proferida à Valec no item 9.2 do Acórdão 102/2007-Plenário. Por fim, mediante o Acórdão 400/2009-Plenário, foi aprovado, sem ressalva, o 2º estágio, ante o cumprimento de todas as determinações constantes do Acórdão 102/2007-Plenário, e foram aprovados, com ressalva, o 3º e o 4º estágios, ante o não cumprimento dos prazos estabelecidos no art. 8º, incisos III e IV, da Instrução Normativa TCU 27/1998.

No ano de 2012, o TCU empreendeu auditorias nas obras de construção de 11 trechos da FNS, sob a responsabilidade da Valec, incluídos 5 trechos já subconcedidos à Ferrovia Norte Sul S.A. Tais auditorias foram apreciadas mediante os Acórdãos 329/2013, 419/2013, 420/2013, 421/2013, 512/2013, 605/2013, 684/2013, 752/2013, 753/2013, 754/2013 e 755/2013, todos do Plenário. A consolidação das 11 auditorias foi feita no âmbito do TC 033.220/2012-3, apreciado pelo Acórdão 1.103/2013-Plenário (Ministro-Relator José Múcio), que conteve uma série de determinações à Valec.

No conjunto das 11 fiscalizações, foram identificados 4 achados principais: descumprimento de cláusulas contratuais, gestão temerária de empreendimento, execução de serviços com qualidade deficiente e perda potencial ou efetiva de serviços realizados. O monitoramento das citadas deliberações ocorreu por meio do processo TC 024.708/2014-3, apreciado pelo Acórdão 2.313/2015-Plenário, mediante o qual o TCU considerou algumas determinações não cumpridas, outras, não mais aplicáveis, e outras, em cumprimento, efetuando novas determinações. Além disso, o item 9.7.1 do Acórdão 2.313/2015-Plenário conteve recomendação à Valec para que 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 presentes no Contrato 33/2007.

Mais recentemente, o Contrato de Subconcessão 33/2007 foi objeto de auditoria específica empreendida pelo TCU, no âmbito do TC 014.907/2015-1. No Relatório de Fiscalização elaborado por auditores da então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária, datado de 26/2/2016, foram apontados dois achados: multas irregulares cobradas da Valec pela Ferrovia Norte Sul S.A., e descumprimento de diversas obrigações contratuais por parte da subconcessionária. A última instrução da unidade técnica no aludido processo está datada de 14/5/2018 e contém proposta de encaminhamento uniforme no sentido de o Tribunal (peça 164 do TC 014.907/2015-1):

“I – fixar prazo de até 15 dias, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999);

II – determinar à Valec, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU:

a) que se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos da Ferrovia Norte Sul até que a subconcessionária encaminhe

memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os valores utilizados para a definição do valor devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória de cálculo;

b) que encaminhe, em até 30 dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.;

c) que, em 30 dias, indique, motivadamente, quais as obras, equipamentos, serviços, etc. são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com o Contrato 33/07 e com as negociações com a ANTT;

d) que apresente plano de ação, no prazo de 60 dias, que contenha as providências necessárias para que, como gestora do contrato de subconcessão, se efetive a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A, das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07.

III – determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU que apresente plano de ação, no prazo de 30 dias, dotado das medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionada às metas de desempenho, bem como que encaminhe, oportunamente, a este Tribunal, a referida resolução, em sua versão final;

(...)”

Referido processo de fiscalização ainda não foi objeto de deliberação do Tribunal e sua relatoria atual, após a declaração de impedimento do Ministro Augusto Nardes, é do Ministro Aroldo Cedraz.

Analisando-se conjuntamente os relatórios de fiscalização elaborados no TC 033.220/2012-3 e no TC 014.907/2015-1, verifica-se que problemas importantes foram identificados na primeira subconcessão da FNS, em especial os seguintes:

a) ausência de consenso entre Valec, Vale S.A. e FNS S.A. sobre a responsabilidade por passivos ambientais e invasões da faixa de domínio;

b) o trecho entre Guarái/TO e Palmas/TO (Trecho III) passou a ser operado em 2011 pela FNS S.A. sem que a Valec tivesse recebido da construtora SPA Engenharia, Indústria e Comércio S.A. as obras relativas a esse trecho;

c) aplicação indevida, sem amparo contratual, de multas à Valec pela FNS S.A., relativas à omissão na correção de passivos ambientais e construtivos;

d) evidências de que diversas obrigações previstas no Contrato de Subconcessão 33/2007, relacionadas à realização de investimentos e ao alcance de metas de produção e segurança, estão sendo descumpridas pela FNS S.A. Especificamente em relação aos investimentos, estimou-se que a subconcessionária deixou de investir cerca de R\$ 470 milhões (data-base: julho/2007) nas áreas operacional e de infraestrutura da ferrovia.

É importante apontar esses problemas já identificados na primeira subconcessão para evitar que possam se repetir na subconcessão de que ora se cuida.

C. Atual trecho objeto de proposta de subconcessão

O objeto do futuro contrato é a subconcessão pela Interviente Subconcedente (Valec) da prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura da malha ferroviária situada entre Porto Nacional/TO a Estrela d’Oeste/SP, nos trechos entre Porto Nacional/TO a Anápolis/GO e Ouro Verde de Goiás/GO a Estrela d’Oeste/SP, pelo prazo de 30 anos, contados a partir da data de assunção, sendo vedada a sua prorrogação.

D. Problemas do trecho objeto de proposta de subconcessão

O início das operações ferroviárias depende da resolução de diversas pendências relativas ao trecho a ser subconcedido, a saber: a entrega das obras pela Valec, após a conclusão dos contratos de construção e a emissão dos respectivos termos de recebimento das obras; a emissão da licença de operação emitida pelo órgão ambiental; a emissão da autorização de tráfego pela ANTT; o recebimento das obras sob responsabilidade da Valec pela subconcessionária; e a conclusão das obras que ficarão a cargo da subconcessionária.

E. Exame realizado pela unidade técnica

Conforme descrito pela unidade instrutiva, o escopo do exame por ela feito abrangeu os seguintes aspectos:

- a) as premissas do estudo de demanda;
- b) os principais investimentos em Capex: conclusão dos lotes 4S, 5S e 5SA e aquisição de frota operacional;
- c) as obras remanescentes a cargo da Valec;
- d) o estudo operacional e o estudo de capacidade;
- e) o direito de passagem;
- f) os parâmetros técnicos operacionais e de desempenho;
- g) a adequação da planilha econômico-financeira;
- h) a tarifa-teto da subconcessão e a tarifa do direito de passagem;
- i) as receitas acessórias e alternativas;
- j) o valor de outorga e a sua amortização; e
- k) os seguintes itens dos instrumentos jurídicos: os bens da concessão, as regras de compartilhamento da infraestrutura ferroviária e dos recursos operacionais, o valor de outorga e a remuneração, as especificações técnicas mínimas, a alocação de riscos e o limite de dispersão tarifária.

A unidade instrutiva também definiu os aspectos que não seriam objeto de sua análise:

- a) a taxa de desconto do fluxo de caixa do projeto (WACC);
- b) as estimativas de custos operacionais (Opex);
- c) os investimentos obrigatórios materialmente não relevantes (passagens em nível e inferiores, remanejamento de linhas de transmissão, implantação de marcos quilométricos, sistema de proteção da ponte sobre o Rio Grande, implantação do pátio de Estrela d'Oeste/SP, implantação de detectores de descarrilamento, implantação do sistema de licenciamento e sinalização da via e implantação de instalações fixas);
- d) a variação no capital de giro;
- e) as premissas de política pública definidas pelo MTPA;
- f) os instrumentos jurídicos, com exceção dos referidos itens incluídos no escopo; e
- g) o estudo ambiental, com exceção dos passivos ambientais a cargo da Valec.

Após o exame técnico, a SeinfraPortoFerrovia submeteu a seguinte proposta de encaminhamento (peças 85 e 86):

“392.1 cientificar a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que, dentro do escopo delimitado para a análise, nos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental destinados a subsidiar a concessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul (EF-151) foram encontradas inconsistências e irregularidades que devem ser ajustadas antes da publicação do referido edital;

392.2 determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que se abstenha de publicar o edital de concessão da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central:

I) sem esclarecer como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995 (§ 93);

II) sem adotar uma data limite para a conclusão das obras pela Valec, uma vez que eventual atraso na finalização das obras impacta o início das operações ferroviárias pela subconcessionária, de forma a considerar as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária providenciar as devidas medidas preparatórias para o início da operação, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995 (§ 153);

III) sem promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a conclusão do lote 4S, na modelagem econômico-financeira e demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados na brita para lastro fora das especificações utilizada pela Valec no referido lote, em atenção ao art. 18, inciso X, da Lei 8.987/1995 (§ 160);

IV) sem tornar público aos potenciais licitantes os problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, informando-os sobre os casos de reequilíbrio do contrato e sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex), ou, de forma alternativa, promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a conclusão desses lotes na modelagem econômico-financeira e demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados na brita para lastro fora das especificações utilizada pela Valec nos referidos lotes, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995 (§ 161);

V) sem incluir os Termos Aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem, no conjunto de documentos que comporão o edital, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 206);

VI) sem efetuar a devida análise e definir a(s) forma(s) mais adequada(s) de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 297);

VII) sem alterar o custo de manutenção da Licença de Operação na modelagem econômico-financeira para o valor indicado no Caderno de Meio Ambiente prévio à audiência pública, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 312);

VIII) sem promover os ajustes no cálculo da modelagem econômico-financeira relativos à alteração das tarifas de direito de passagem das concessionárias tanto nos custos pelo exercício do direito de passagem quanto nas receitas auferidas pela subconcessionária, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 337);

IX) sem promover os ajustes nas premissas do projeto e nas minutas de contrato e de edital indicados nos itens anteriores e recalculer o valor da outorga mínima, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§351);

392.3 recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:

I) para futuras concessões ferroviárias, avalie, juntamente com a EPL, a consistência, fidedignidade e robustez dos dados de importação e exportação de cargas gerados pela base de dados e a metodologia do sistema de informações do Plano Nacional de Logística (PNL), de modo a utilizar na íntegra as matrizes origem-destino geradas pelo sistema do PNL nos estudos de demanda (§ 100);

II) para futuras concessões ferroviárias, avalie a possibilidade de uniformizar a metodologia de projeção de demanda, considerando, em seu arcabouço, método para previsão de indução de demanda em decorrência da entrada em operação da ferrovia (§ 112);

III) avalie formas de promover o uso das ferrovias por meio do compartilhamento cruzado entre as concessionárias e também por meio dos operadores ferroviários independentes, considerando durante as discussões da Agenda Regulatória a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem (§ 243);

IV) previamente à publicação do edital da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, avalie o impacto às condições isonômicas de precificação e de lance entre os potenciais licitantes, com relação à existência de parcela de fluxos de carga doméstica a serem transportadas em regime de direito de passagem que não foram consideradas nas minutas de termos aditivos aos contratos das ferrovias adjacentes e, caso verifique prejuízo à competitividade do certame, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias (§ 249);

V) realize análise de impacto organizacional no sentido de verificar, em especial na garantia do direito de passagem, a necessidade de adaptar fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais ou mesmo alterar sua estrutura e a alocação de recursos para atividades regulatórias decorrentes das obrigações assumidas no novo contrato (§ 260);

VI) promova a discussão dos temas Operações Acessórias e Atividades Alternativas com os interessados e avalie as possíveis alternativas da regulação setorial da prestação desses serviços (§ 275);

VII) adeque o item 3.1 (ix) da minuta de contrato com os itens 5.1 (v), 5.2 (iii), 12.2 (h), 12.3 (ee), de forma a deixar claro a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio, anteriores à data de assunção da subconcessionária, caso a Interviente subconcedente não cumpra com as suas obrigações contratuais (§ 286);

VIII) adeque a redação do item 27.2 (h) da minuta de contrato da subconcessão da FNS de forma a deixar claro que o disposto nesse item deve observar o previsto no item 27.1 (c) do referido documento, no sentido de que os riscos para os vícios em bens transferidos à subconcessionária e que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente, sejam devidamente alocados à subconcessionária (§ 289);

392.4 enviar cópia da decisão para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, Secretaria Especial do Programa de Parcerias e Investimentos e Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.;

392.5 restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia que prossiga no acompanhamento do presente processo de concessão, nos termos do artigo 7º, incisos II a IV, da Instrução Normativa-TCU 27/1998.”

II. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Com a devida vênia, o Ministério Público de Contas diverge da proposta de encaminhamento formulada pela unidade técnica instrutiva pelos motivos que passa a expor.

A subconcessão em apreço é de alta complexidade e relevância e sua correta operação é essencial para a interligação das malhas ferroviárias nacionais. Pela primeira vez em nossa história, haverá a possibilidade de cargas da Região Sudeste serem transportadas continuamente por ferrovia até a Região Norte e vice-versa. Sem dúvida alguma, uma grande conquista para a infraestrutura brasileira.

A primeira grande questão que exsurge dos autos é sobre o modelo de exploração dessa ferrovia de integração nacional, se deve ele ser o vertical, como o hoje vigente para todas as demais ferrovias do país, ou o horizontal, com segregação da conservação da infraestrutura física e do serviço de transporte ferroviário, com livre acesso à infraestrutura daqueles operadores de transporte autorizados pela agência reguladora.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

Trata-se de política pública que cabe ao Poder Executivo definir com base em estudos que demonstrem e quantifiquem as vantagens e desvantagens de cada alternativa. Poderia também o Poder Legislativo definir por lei tal política, restando ao Poder Executivo implementá-la conforme fosse legalmente definido. Essa definição, contudo, não pode ocorrer sem adequada justificação técnico-econômica, justificação que deveria estar incluída nas premissas que dão alicerce ao modelo de concessão ora proposto para a Ferrovia Norte-Sul Tramo Central.

A esse respeito, observe-se que a Lei 8.987/1995 assim estabelece:

“Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

(...)

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

(...)

III – obter e utilizar o serviço, **com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviço, quando for o caso**, observadas as normas do poder concedente; (redação dada pela Lei 9.648/98)

(...)

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão **não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada** no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.” (grifou-se)

Assim como as premissas do estudo de demanda fazem parte da justificação da concessão ora proposta e integram o escopo do exame realizado pela unidade técnica e pelo TCU, as premissas para a escolha do modelo de exploração também deveriam estar presentes nessa justificação para poderem ser examinadas tecnicamente pela unidade de instrução e pelo colegiado de Ministros da Corte de Contas.

Há cerca de cinco anos, houve uma proposta governamental de introduzir um modelo de livre acesso a todas as ferrovias brasileiras, mediante a compra pela Valec da capacidade total de transporte das ferrovias, ficando as atuais concessionárias responsáveis pela conservação da infraestrutura. A Valec procederia, então, à revenda dessa capacidade a operadores ferroviários independentes, conforme a demanda de transporte, arcando com o risco de demanda do sistema.

Essa proposta tinha por objetivo e justificativa introduzir o elemento concorrencial no transporte ferroviário brasileiro, que hoje pratica tarifas pouco menores que o transporte rodoviário, exatamente em razão do monopólio vigente na oferta de serviços de transporte em cada ferrovia, não obstante a já existente previsão legal, regulamentar e contratual para atuação de operadores ferroviários independentes. Tal realidade, entretanto, não se verifica na prática, em virtude da esperada resistência das empresas monopolistas, interessadas em afastar a concorrência, e pela falta de uma atuação efetiva da ANTT para dar *enforcement* às normas já vigentes, mas inoperantes.

O fato de não haver concorrência dentro de cada ferrovia faz com que a maior parte dos ganhos operacionais e de produtividade que o transporte ferroviário pode propiciar sejam apropriados pela própria concessionária exploradora da ferrovia, com pouco repasse desse ganho para os usuários e para a economia como um todo. A introdução da competição entre operadores provocaria uma natural redução das tarifas praticadas pelos transportadores que impactaria positivamente toda a cadeia produtiva, com aumento geral de produtividade e de competitividade do país.

A recente greve dos caminhoneiros revelou concretamente o quanto o país é dependente do transporte rodoviário de cargas e o quanto ele poderia se beneficiar de um incremento da participação do modal ferroviário nesse transporte, incremento que seria tanto maior quanto menor fossem as tarifas livremente praticadas por transportadores operando em regime de livre concorrência, com vantagens competitivas para aqueles que fossem mais eficientes. Quanto menores as tarifas livremente negociadas, maior a atratividade do modal e menor a dependência do país do transporte rodoviário, especialmente no que diz respeito a médias e longas distâncias.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

Ao fazer o acompanhamento da concessão da ferrovia EF-354 no processo TC-031.086/2013-6, no trecho Lucas do Rio Verde/MT e Campinorte/GO, a unidade técnica competente à época (SefidTransportes) criticou a forma de operacionalizar o modelo ferroviário, então proposto.

Entre os argumentos formulados, a unidade instrutiva contestou as disposições contidas nos Decretos 8.129/2013 e 8.134/2013, que, respectivamente, instituiu a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal (na qual a Valec atuava para o desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário) e dispunha acerca da estrutura da Valec para a execução das atividades de desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário. Eis o excerto do referido relatório:

“76. De plano, percebe-se que o exercício da função de incentivo depende de lei. Logo, o Decreto 8.129/2013 não pode conferir competência para a Valec fomentar o desenvolvimento dos sistemas de transporte de cargas sobre trilhos, porque não encontra fundamento de validade na legislação ordinária, em especial na Lei 11.772/2008”.

O Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, no entanto, com o acolhimento do Plenário, assinalou que a Lei 11.772/2008 configura diploma de vasta abrangência, expressamente conferindo, no inciso VI, do art. 9º, competência à Valec para atuar na promoção do desenvolvimento do sistema de transporte ferroviário.

No mesmo sentido, o Ministro-Relator enfatizou que, *“no âmbito da Lei 11.772/2008 e do Decreto 8.129/2013, fixaram-se os parâmetros das ações estabelecidas para o desenvolvimento do setor ferroviário. (...)”*.

Um ponto, contudo, que demandou maiores esclarecimentos, porquanto fundamental para a sustentabilidade financeira do modelo então proposto, era como seriam financiados de maneira segura e previsível os déficits financeiros que a Valec provavelmente teria de suportar para implementar o modelo, especialmente enquanto estivessem em vigor os atuais contratos de exploração de ferrovias, uma vez que ela compraria toda a capacidade das ferrovias e revenderia apenas o que fosse objeto de demanda, arcando com o risco de a receita oriunda da demanda verificada não cobrir os custos de aquisição de capacidade.

Em razão disso, o Plenário do TCU adotou o Acórdão 3697/2013, por meio do qual decidiu:

“9.6. determinar ao Ministério dos Transportes, à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e à Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. que, no prazo de 1 ano, encaminhem a este Tribunal estudo tratando das formas de financiamento dos déficits que a Valec incorrerá ao longo da implementação do novo modelo de exploração das ferrovias, indicando as soluções que serão adotadas para assegurar a previsibilidade e a estabilidade dos pagamentos a cargo da Valec, identificando especialmente a quantidade de recursos da União necessária e suas respectivas fontes;

9.7. determinar à SefidTransporte que promova estudos visando a criação de normas de controle de efetividade e de critérios críticos (inclusive sobre o cálculo e acompanhamento da demanda real) do modelo de concessão ferroviária ora apreciado, de modo a possibilitar que seja verificado se o mesmo maximiza harmonicamente os ganhos para os setores público (entendido como sociedade) e privado e para o cidadão usuário, inclusive quanto à eficiência e eficácia operacional (focos na qualidade e modicidade tarifária) das ferrovias vistas a partir de suas relações intra e intermodal, submetendo ao Tribunal no prazo de 180 (cento e oitenta) dias;

9.8 determinar à Segecex que realize, a partir de 2016, fiscalização a respeito da capacidade gerencial da Valec para administrar e implementar o modelo de concessões de exploração de infraestrutura ferroviária.”

Os estudos de viabilidade financeira do modelo proposto não foram realizados e a iniciativa então encetada de criação de um amplo modelo de livre acesso, englobando todas as ferrovias, foi abandonada sem maiores discussões a respeito. Com efeito, o Decreto 8.129/2013, que havia instituído a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, foi revogado pelo Decreto 8.875/2016, sem

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

que fossem apresentados estudos que fundamentassem o abandono da recém adotada política pública, que buscava corrigir problemas do modelo vertical de exploração ferroviária.

Interessante observar que, naquela ocasião, no âmbito da proposta de concessão da EF-354, foram apresentados estudos sustentando a visão de que não haveria interesse público na manutenção do modelo vertical, conforme descrito no Voto do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues:

“Como comprovam os muitos estudos apresentados, a modelagem atual já está superada e não interessa ao País, pelas dificuldades que apresenta, seja pela ausência de competitividade, seja pela ausência de redução efetiva do custo do transporte. Imprescindível, portanto, a apresentação de novas soluções, agora materializadas no modelo do ‘*open access*’ das linhas ferroviárias”.

O abandono daquela nova política pública, que poderia produzir uma evolução no sistema ferroviário com a introdução de concorrência intramodal, ocorreu sem que houvesse qualquer discussão ou fundamentação técnica. Os motivos apontados foram tão somente a falta de recursos públicos para garantir a implementação do modelo.

No atual processo de acompanhamento, por meio do Ofício 0456/2017 TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 7), a unidade instrutiva solicitou informações acerca da fundamentação da “Adoção do modelo vertical de exploração da ferrovia, indicando se houve avaliação de modelos alternativos de exploração econômica da ferrovia”.

Em resposta, o Ministério dos Transportes, por meio da Nota Informativa Conjunta 10/2017/DP-GPI/SFP-MTPA (peça 21, pp. 5/9), limitou-se a responder, em síntese, que (grifos no original):

“4. Ressalta-se que 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 Ministério justificou também que, para a viabilização da implantação do modelo horizontal, seria necessária a aquisição, pela Valec, da capacidade operacional das concessionárias horizontais, bem como aquisição de capacidade ociosa das concessionárias verticais, para posterior oferta pública aos Operadores Ferroviários Independentes (OFI). Contudo, a implantação do novo modelo de concessões ferroviárias teria se mostrado 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 (peça 21. pp. 6/8).

Esclareceu também que se optou 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 no subsistema ferroviário federal.

Assim, esses operadores poderiam celebrar Contratos Operacionais Específicos (COE) diretamente com as concessionárias verticais, visando ao compartilhamento da infraestrutura ferroviária federal que lhes é concedida, o qual poderá ocorrer na modalidade de Tráfego Mútuo (TM) e de Direito de Passagem (DP).

Percebe-se, portanto, que o Poder Executivo pretendeu justificar o modelo adotado para esta ferrovia sem ter como fundamento qualquer estudo específico sobre a viabilidade de se adotar o modelo horizontal apenas para esta ferrovia. Deu-se a questão como resolvida e superada em 2015, sem atentar para a especificidade da atual situação. Aliás, o próprio Ministério dos Transportes, não obstante entender intempestivo, reconhece a “necessidade de estudos, mais aprofundados sobre a temática” (peça 21, p. 6).

Rememorando a proposta de concessão da EF-354, o modelo de outorga visava “*afastar o risco de demanda do concessionário, com o propósito de ampliar a participação de capital privado em projetos de infraestrutura ferroviária*”. Vale frisar que os riscos apontados pela unidade técnica diziam respeito à operação deficitária da Valec e a riscos fiscais, ou seja, à garantia de uma renda mínima para a concessionária utilizando recursos públicos. Não houve crítica em relação à segregação vertical da rede (vertical *unbundling*) e ao livre acesso à infraestrutura ferroviária (*open access*).

Observe-se que o Tribunal de Contas da União não se posicionou contra o modelo proposto à época. O Ministro Walton Alencar Rodrigues assinalou, inclusive, suas vantagens comparativas com o modelo monopolista. Registrou, apenas, no exercício de seu papel de apontar os riscos fiscais das políticas públicas, que o modelo carecia de explicitação dos seus custos de implantação, com previsão de gastos e de fontes de receitas.

Note-se que a adoção do modelo de livre acesso, ou *open access*, não precisaria e não precisa ocorrer de forma simultânea em todas as ferrovias. Poderia dar-se de maneira gradual, com a incorporação de novas ferrovias interligadas à medida que os atuais contratos monopolistas vencessem. O modelo poderia se iniciar com este trecho da Ferrovia Norte-Sul, que já está concedido à Valec, **desde que garantido o direito de passagem dos operadores de transporte ferroviário pelas ferrovias adjacentes** que dão acesso aos portos de Santos/SP e de Itaquí/MA. Aliás, como se discorrerá mais adiante, a adequada e segura regulação do direito de passagem é essencial para a viabilidade da exploração da Ferrovia Norte-Sul, seja no modelo vertical, seja no modelo horizontal.

Outra relevante diferença a ser destacada entre o caso da Estrada de Ferro EF-354 e o presente caso é o fato de que, na proposta da EF-354, se pretendia eliminar o risco de engenharia do Governo, ao delegar a construção da ferrovia ao setor privado. Tratava-se de um projeto *greenfield*. Naquela situação, a evidência de que a Valec, com respaldo da União, teria condições financeiras de assegurar aos possíveis interessados a compra total da capacidade de transporte da futura ferrovia era crucial para que houvesse interessados na construção. Eliminava-se o risco de engenharia, mas introduzia-se o risco fiscal, dada a já pressentida fragilidade das contas públicas nacionais, com forte impacto sobre a viabilidade econômica daquele projeto. Na atual proposta, este risco de viabilidade econômica está mitigado, pois não se trata de um projeto *greenfield*. O governo federal já arcou com praticamente todos os investimentos necessários na infraestrutura ferroviária. Ademais, o estudo econômico-financeiro demonstra a viabilidade do negócio.

Neste caso da Ferrovia Norte-Sul, Tramo Central, não há sequer que se falar em compra da capacidade de transporte pela Valec, já que essa capacidade já lhe pertence, uma vez que a ferrovia já está concedida à Valec. Ela poderia, se essa fosse a política pública a ser fundamentadamente definida, vender a operadores ferroviários independentes a capacidade de transporte que já é sua. Se e quando houvesse volume significativo de cargas e/ou passageiros transportados, poderia a Valec subconceder a infraestrutura ferroviária, cujo operador seria remunerado pelos operadores independentes. Essa seria uma outra modelagem, sem risco fiscal algum, que poderia ser levada em conta na definição do modelo. Mesmo o modelo vertical poderia ser implementado com percentual definido de reserva de capacidade para operadores ferroviários independentes, o que mitigaria o modelo monopolista e garantiria alguma possibilidade de concorrência dentro de cada ferrovia.

Essas múltiplas possibilidades apenas reforçam a necessidade de estudos que fundamentem o modelo proposto. Entre os métodos para se analisar a viabilidade de um investimento, é possível lançar-se mão de um conjunto de técnicas de comparação, de forma científica, permitindo a tomada de decisão de forma segura, comparando os possíveis resultados de alternativas diferentes. É o que se espera que seja feito para justificar uma tomada de posição que terá repercussão para os próximos trinta anos.

Embora seja, em princípio, mais complexa que a operação em regime monopolista, por envolver mais atores, a exploração em modelo de livre acesso pode se dar de modo eficiente com adequada tecnologia de controle operacional da malha, assim como ocorre com a infraestrutura aeroportuária, em que múltiplos operadores de transporte interagem com o operador da infraestrutura. Os recursos tecnológicos de comunicação e informática permitem o monitoramento, em tempo real, do funcionamento dos trens na via. A exemplo do que ocorre com o controle do tráfego aéreo nacional (muito mais

complexo) ou do despacho de energia do setor elétrico, um operador nacional do sistema ferroviário poderia ser constituído para gerir a operação eficiente de um sistema com múltiplos operadores.

Sistemas computacionais que utilizam algoritmos baseados em teoria dos grafos e outros métodos já são largamente utilizados por empresas de logística e distribuição de produtos para determinar o ponto ótimo de funcionamento de uma rede. Não se trata sequer de tecnologia recente, mas de algo já utilizado há décadas, que pode ser facilmente aplicado a uma malha ferroviária funcionando em modelo de rede.

Existindo, portanto, essas possibilidades, é de se indagar por que não há justificativas técnico-econômicas para a adoção do modelo vertical nesta pretendida subconcessão. A simples lembrança de que, no passado, o modelo proposto para implantação de forma global não deu certo por restrições fiscais não supre a necessidade de análise das possíveis alternativas para este caso concreto, dado que a exploração horizontal não precisa ser implantada em todas as ferrovias e, naquelas em que for implantada, não precisa ser implantada simultaneamente. Verifica-se que o modelo vertical foi adotado de maneira implícita, pela própria minuta de contrato proposto, sem nenhuma justificativa técnica ou econômica específica, como se a definição da política pública pudesse prescindir do dever de motivação e de vinculação aos motivos declinados.

Registre-se que, no processo TC-009.032/2016-9, em relação à possível prorrogação antecipada do contrato de concessão ferroviária da Malha Paulista, a unidade técnica (SeinfraPortoFerrovia), muito diligentemente, demandou que o Poder Executivo apresentasse os estudos que justificariam a política pública de promover essas prorrogações *vis a vis* a alternativa de realizar novas licitações ao final da vigência dos contratos em curso (peças 129 a 131 do TC 009.032/2016-9), uma vez que a diretriz constitucional é de licitar como regra e de não licitar apenas como exceção, de modo que a exceção precisa estar muito bem justificada para que a regra possa ser afastada.

Vê-se que a questão da definição do modelo vertical e do afastamento do modelo de livre acesso vem sendo tratada como uma questão já definida, superada, um dado inexorável da realidade, sem nenhuma possibilidade de discussão. Virou um tema interditado, proibido, não obstante o momento atual seja exatamente o mais propício para essa discussão, já que a entrada em operação da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central, como dito antes, permitirá, **pela primeira vez em nossa história**, a interligação ferroviária de regiões geograficamente muito distantes em nosso país. Pela primeira vez, poderemos ter uma malha ferroviária operando em rede, com múltiplos pontos de origem e destino de carga, e não apenas como grandes corredores de exportação.

Em verdade, **neste momento da história de nossas ferrovias, essa discussão de modelo é não somente oportuna, mas absolutamente necessária**, uma vez que se poderão tomar decisões que terão repercussões pelas próximas décadas sobre a economia nacional, sobre nossa competitividade e nosso desenvolvimento. Trata-se de discussão sobre qual a melhor maneira de utilização de uma infraestrutura que é pública, construída com bilhões de reais da sociedade brasileira. A discussão técnico-econômica desses modelos é fundamental, sob pena de a sociedade brasileira se ver privada do direito de ver fundamentadas as mais relevantes escolhas públicas, direito este inerente ao regime republicano, lastreado e legitimado no dever de prestar contas da gestão pública.

Considerando as diferenças de impactos para a economia nacional que um modelo pode ter em relação ao outro, ao ver do Ministério Público de Contas, afigura-se imprescindível que sejam apresentados os estudos técnicos comparativos que justificaram a adoção do modelo vertical para este caso concreto.

Assim como se questionou no passado recente a viabilidade financeira da então pretendida implantação do modelo *open access* em todas as ferrovias e agora se questionam os fundamentos para abertura das discussões sobre possíveis prorrogações antecipadas, há que se exigir também a fundamentação para a escolha, em cada ferrovia a ser explorada, do modelo de exploração escolhido. Não se há de presumir que o modelo vertical não precisa se justificar nem que apenas um modelo tenha de ser adotado de forma uniforme em todas as ferrovias, uma vez que diferentes modelos podem conviver. Há que haver uma fundamentação de escolha em cada trecho a ser explorado, conforme as circunstâncias fáticas envolvidas.

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

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.

Considerando tudo quanto o Ministro Walton Alencar Rodrigues expôs em seu alentado voto acima referido (Acórdão 3697/2013-Plenário), seria de se esperar que essa discussão tivesse sido aprofundada, em vez de simplesmente abandonada. De todo modo, impõe-se que a escolha pública seja técnica e economicamente fundamentada para que o procedimento de concessão possa avançar.

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.

O argumento de que vias férreas destinadas ao transporte de cargas seriam inadequadas para o transporte de passageiros, porque não ofereceriam a estes o conforto necessário, não encontra respaldo na realidade mundial, mesmo quando consideradas ferrovias tão antigas quanto as nossas. Neste caso, nem sequer se trata de uma ferrovia antiga. A tecnologia atualmente empregada para construção de vagões de passageiros minimiza ou elimina os eventuais desconfortos decorrentes das emendas dos trilhos ou das curvas em velocidade, seja com sistema de amortecimento dos pequenos impactos, seja com mecanismo de balanço do vagão, que faz a compensação da força centrífuga experimentada pelos passageiros durante as curvas.

O transporte ferroviário de passageiros constitui importante instrumento de mobilidade ao redor do mundo, superando em eficiência e segurança o transporte rodoviário, intrinsecamente mais inseguro e mais sujeito a incertezas de horário de chegada, dadas as variáveis condições de tráfego nas rodovias. Em todo o mundo, o transporte ferroviário de passageiros entre centros urbanos não muito distantes é o padrão-ouro adotado, seja pelo custo, pela segurança, pelo conforto ou ainda pela maior previsibilidade de horários de chegada, mais uma vez, com ganhos de produtividade para toda a economia, superando tanto o modal rodoviário como o aeroviário. É muito comum que as pessoas consigam até mesmo trabalhar durante o trajeto, abrindo seus computadores para produzir textos e planilhas e acessar e enviar mensagens, dando melhor aproveitamento ao tempo de deslocamento.

Chega mesmo a ser incrível que este tema não esteja na agenda do país de forma coerente com a infraestrutura implantada ou em vias de implantação. Tanto no modelo vertical puro, como no modelo vertical que incorpore parcialmente operadores ferroviários independentes ou, ainda, no modelo horizontal, o transporte de passageiros é, na imensa maioria das ferrovias, perfeitamente viável, útil e necessário à maximização dos ganhos **para a sociedade** da utilização da infraestrutura ferroviária.

É papel dos órgãos estatais, especialmente das agências reguladoras, mediar as diversas e, por vezes, conflitantes aspirações dos interessados em determinado serviço público, colocando em equilíbrio os interesses das empresas que exploram a prestação do serviço público e dos usuários do serviço, de modo que as empresas possam prestar o serviço com rentabilidade atraente e os usuários possam fruir da prestação do serviço com custo aceitável e em nível de qualidade considerado adequado.

É natural da lógica empresarial que as empresas concessionárias busquem concentrar seus esforços de investimento e de operação nas atividades mais rentáveis para elas. Maximizar receitas e reduzir custos é o caminho para isso. Assim, o transporte de cargas, com vagões com menos tecnologia embarcada que os destinados a passageiros e, portanto, mais baratos, com menor necessidade de manutenção, com menos funcionários empregados e tarifas possivelmente mais elevadas por quilômetro percorrido, tende a ser o segmento de atuação preferencial das concessionárias ferroviárias.

Mesmo dentro deste específico segmento, cargas a serem transportadas por maior distância tendem a ser mais atraentes para a concessionária, dada a diluição dos custos fixos que a maior quilometragem percorrida permite. Assim, usuários com cargas mais distantes tendem a ser clientes preferenciais em relação aos usuários mais próximos. Com isso, importante parcela de usuários interessados no transporte ferroviário pode restar simplesmente desatendida, sem acesso à fruição dos ganhos permitidos pela infraestrutura pública.

Sem uma boa regulação que ponha em equilíbrio os naturais interesses empresariais das concessionárias voltados para a maximização de seus resultados operacionais e os legítimos interesses de

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

todos os possíveis usuários, tanto de cargas como de passageiros, não haverá a melhor utilização para a sociedade da infraestrutura pública. Isso porque, se importantes segmentos não forem atendidos, não haverá a maximização de ganhos sociais e de produtividade e competitividade, para toda a economia, que essa infraestrutura pode oferecer. Vale dizer, a concessão não pode ser vista apenas como um negócio atraente para o concessionário. Deve ser orientada também para a maximização dos ganhos sociais e econômicos da sociedade, sendo ainda atraente para o concessionário, ainda que eventualmente um pouco menos rentável que numa utilização orientada à maximização do resultado operacional da ferrovia.

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.

Mais uma vez, vale o registro, não se pretende que o Tribunal de Contas da União substitua o gestor público em sua tarefa de definir as políticas públicas. Quer-se tão somente que a definição seja por ele feita de forma fundamentada, com estudos e dados que a suportem, sob pena de violação do dever de motivação a que todo gestor público está sujeito, especialmente nas escolhas públicas de maior impacto para a coletividade. O tema do transporte de passageiros é por demais importante para não ser sequer discutido na agenda governamental e na modelagem de cada ferrovia concedida à iniciativa privada.

Caso essas duas necessidades de fundamentação prévia não sejam assim entendidas por Vossa Excelência e pelo egrégio Plenário, há outros pontos na proposta de subconcessão ora em exame que merecem redobrada atenção desta Corte de Contas.

A boa modelagem do contrato a ser licitado e o bom procedimento de licitação, com a adequada alocação e minimização de riscos tanto para os potenciais licitantes como para a subconcedente e prazo razoável para avaliar e precificar os riscos envolvidos são essenciais não só para que a licitação cumpra seu objetivo constitucional de atrair o maior número possível de interessados para obtenção da proposta mais vantajosa, como também para permitir uma execução contratual de longo prazo com o mínimo de percalços e conflitos entre subconcessionária e subconcedente.

Vale dizer, um edital bem elaborado, com prazo adequado para avaliação pelos possíveis interessados das condições oferecidas e com clara atribuição de responsabilidades para quem tem as melhores condições de lidar com elas, a fim de reduzir ou eliminar possíveis focos de conflito na execução contratual, é fundamental para o sucesso da licitação e boa performance do contrato de subconcessão.

Ao ver do Ministério Público de Contas, o edital proposto para subconcessão da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central não atende a esses requisitos, apresentando características que comprometem a competitividade do certame, com provável atração de apenas um ou, no máximo, dois interessados, e com vários pontos de geração de conflitos e impasses em sua execução futura, o que contribui para afastar ainda mais potenciais interessados.

Com efeito, a extensão total do trecho objeto da atual proposta tem diversas pendências a serem resolvidas e a atual modelagem traz consigo grandes riscos e incertezas, relativos ao direito de passagem, à responsabilidade sobre as obras inacabadas, aos passivos ambientais, às invasões da faixa de domínio e aos bens reversíveis, capazes de afastar concorrentes e possivelmente atrair apenas um interessado.

A experiência problemática da subconcessão do Tramo Norte, acima referida, é uma clara demonstração do conjunto de situações-problema que certamente advirão de uma contratação em que diversas indefinições são deixadas para serem resolvidas mais tarde.

Já não se trata aqui de definição de políticas públicas, muito menos de decisões discricionárias, mas de condições da licitação e do contrato oferecido que têm impacto direto na competitividade do certame, aspecto pelo qual esta Corte de Contas tem obrigação de velar, dado que a licitação é o meio constitucionalmente estabelecido para obtenção de contratos públicos. Em matéria de licitação, esta Corte

de Contas tem a missão e o dever de rechaçar tudo que implicar restrição da competitividade e prejudicar a boa higidez contratual.

Toda a análise que será empreendida pelo Ministério Público de Contas nos tópicos seguintes deste parecer tem como diretriz a maximização da atratividade de possíveis interessados e a redução ou eliminação de fatores de incerteza que afetarão o regular desenvolvimento do contrato.

A. A complexidade do leilão exige maior prazo de antecedência da publicação do edital

Um dos problemas crônicos de nossas concessões é a fixação de prazos reduzidos entre a publicação do edital e o oferecimento das propostas. A grande maioria das concessões em curso tiveram prazos de exíguos 45 dias para apresentação de propostas. Não há dúvida de que prazos reduzidos afastam de pronto a grande maioria dos possíveis interessados, especialmente os grandes operadores de infraestrutura internacionais. A mensagem percebida é a de que a licitação já está dirigida a grupos que já dispõem de informação privilegiada sobre o objeto da licitação e de que é mandatário se associar a algum grupo local para ter alguma chance de vitória na competição.

Prazo adequado é fundamental para que a licitação seja percebida como minimamente séria. Participar de uma licitação internacional para infraestrutura custa tempo e muito dinheiro. Potenciais interessados precisam mobilizar equipes de engenheiros nos países em que a licitação se dará e nos seus países de origem para conhecerem detalhadamente a realidade física do empreendimento, as condições de solo e topografia, a qualidade dos materiais porventura já empregados, as condicionantes e passivos ambientais, para poderem calcular os custos envolvidos. Precisam contratar equipes de advogados locais para interagir com seu corpo jurídico, para avaliar as questões jurídico-regulatórias do país onde ocorrerá a licitação. Precisam fazer seus próprios estudos de demanda e possível receita do empreendimento. Apenas com essas informações poderão estudar a viabilidade de empreendimento e construir a engenharia financeira para dar-lhe suporte, buscando verificar a possibilidade de financiamentos, o uso de capital próprio, a emissão de títulos ao mercado e eventual associação com outros interessados para fins de compartilhamento e mitigação de riscos. É muito trabalho, trabalho que tem por si só elevado custo, sem nenhuma garantia de retorno. Ninguém se dará a esse trabalho e risco se não acreditar na seriedade da competição e se não houver tempo suficiente para realizá-lo com a qualidade necessária.

Há centenas de projetos de infraestrutura em gestação no mundo todo. Não são apenas os empresários e investidores que concorrem pelos melhores projetos, mas também os projetos e os países concorrem entre si para atrair os melhores empresários e investidores. Prazos curtos para projetos complexos são o primeiro claro sinal de que a atração dos melhores operadores de infraestrutura não é uma prioridade. Eles simplesmente não se mobilizam para participar de licitações em que os prazos após a publicação do edital sejam reduzidos. Não vão gastar recursos caros para realizar um trabalho de avaliação mal feito para participar de uma competição em que a assimetria de informação é que será determinante para escolha do vencedor.

Não existe um prazo ótimo universal. Ele depende da complexidade do objeto. Quanto maior a complexidade, maior o prazo requerido para conhecimento de todas as variáveis que impactam nos custos e receitas do empreendimento. O caso em estudo neste processo é de alta complexidade, contém numerosas pendências que afetam a precificação de eventuais propostas e, portanto, é um objeto que certamente demanda um prazo maior de antecedência da publicação do edital em relação à data de apresentação das propostas.

Uma das principais realizações anunciadas pelo atual governo, especialmente por meio de seu Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), foi a ampliação dos prazos dos editais de concorrência para 100 dias, em vez dos absolutamente insuficientes 45 dias anteriores. Sem dúvida alguma, foi um avanço, mas para certos objetos, de elevada complexidade, 100 dias continuam sendo insuficientes para mobilizar e atrair grandes investidores.

O volume de informações de que devem tomar pé para apresentar uma proposta responsável e consciente é muito grande e isso requer tempo. A estratégia que parece ter sido adotada neste edital para supostamente reduzir essa necessidade de tempo prévio, consistente na possibilidade de repactuação contratual em face de elementos que só posteriormente à assinatura do contrato serão adequadamente

identificados e avaliados, **em vez de diminuir os riscos, somente os aumenta**. É como um convite para entrar meio às cegas num negócio de grandes proporções e de longa duração, com a promessa de que tudo se resolverá adiante. Em vez de clareza, o edital proposto oferece incerteza e alguma esperança. Quanto maior a incerteza, que não tem o mesmo grau para todos os possíveis interessados, como se verá, menor a chance de um empresário se interessar pelo leilão.

É voz corrente entre especialistas que os prazos de editais de infraestrutura devem ser generosos justamente para viabilizar todo o conjunto de providências necessárias à adequada avaliação e precificação das condições oferecidas para apresentação de propostas responsáveis e conscientes, aptas a propiciar uma execução contratual bem sucedida. Prazos maiores trazem mais competidores.

O país precisa e pode mudar de patamar em termos de preparação de editais e prazos de licitação se quiser atrair os melhores operadores de infraestrutura do mundo e se quiser ter contratos de concessão desempenhados com segurança jurídica e econômica, em vez desse ambiente de incertezas e permanente solicitação de repactuação dos contratos vigentes. O trato das questões de infraestrutura, de longa duração e elevado impacto na economia e na sociedade não pode ser ditado pela compreensível, mas indevida, pressa decorrente do calendário eleitoral a apontar para o encerramento dos mandatos em curso.

É natural o anseio de realização e toda celeridade é bem-vinda desde que não comprometa a qualidade indispensável do processo para que tenha o mínimo de competitividade e qualidade de preparação, que deixará como legado uma infraestrutura instalada e explorada em bases superiores de qualidade, custo e eficiência para toda a economia.

A correção deste edital e sua publicação com prazo adequado para atração real do maior número possível de interessados constituirão um novo marco na postura do país no trato das concessões de infraestrutura, o que certamente projetará uma imagem de maior seriedade e capacidade de planejamento nesse tema.

Neste caso concreto, um prazo mais longo se mostra absolutamente necessário não apenas para que potenciais interessados possam conhecer as condições reais do empreendimento, mas também para que certas providências prévias fundamentais possam ser adotadas pela Valec, como se verá adiante.

Considerando a elevada complexidade envolvida na subconcessão da infraestrutura da Estrada de Ferro EF-151, no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO e Estrela D'Oeste/SP, denominado Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC), com numerosas pendências e passivos a serem quantificados, é imperativo que os interessados disponham de uma antecedência mínima de cento e oitenta dias entre as datas de publicação do edital e de realização do certame, de modo a permitir a realização de todas as análises pertinentes à apresentação das propostas, após a verificação das condições físicas dos bens, móveis ou imóveis, que compõem o objeto da concessão, em respeito aos princípios da isonomia e da eficiência.

A fixação de prazo razoável para que os potenciais interessados possam estudar, em detalhes, os exatos termos do instrumento convocatório e da minuta do contrato não é questão de forma, mas de essência da própria possibilidade de competição, daí ser necessária especial atenção desta Corte de Contas para essa questão. Não se diga, como se aventou na imprensa, que os possíveis interessados já deteriam suficiente conhecimento do objeto antes mesmo do edital ser publicado. Tal afirmação apenas reforçaria que a assimetria de informação é que seria determinante para o desfecho da licitação.

É preciso ponderar que, em face das diversas determinações e recomendações que, tudo indica, serão expedidas por esta Corte, a formatação do certame ganhará contornos diferenciados dos que até agora foram postos à disposição do mercado, aspecto este que deve ser sopesado no convencimento do Tribunal acerca da razoabilidade do prazo a ser fixado.

B. Propostas de encaminhamento divergentes da unidade instrutiva

Após essas observações iniciais, entende-se necessário tecer algumas considerações especificamente quanto à proposta de encaminhamento da unidade instrutiva. Com todas as vênias ao dedicado e diligente trabalho da unidade técnica especializada, ao ver do Ministério Público de Contas, as determinações e recomendações propostas não serão, por si sós, capazes de garantir a segurança jurídica

necessária para a indução de um ambiente concorrencial, tampouco de garantir, no futuro, a efetivação do direito de passagem para os operadores independentes.

1. Direito de passagem

A questão do direito de passagem é central neste processo. Sem uma clara e segura definição de regras de direito de passagem, certamente apenas as atuais operadoras das ferrovias com as quais a Norte-Sul se conecta terão interesse em participar da licitação. Somente a Rumo, que opera a Malha Paulista, e a VLI, que já opera o Tramo Norte da Ferrovia Norte-Sul teriam tranquilidade para participar do leilão, contando já com uma solução para levar suas cargas com segurança até algum porto.

Uma correta e segura definição do direito de passagem, portanto, é fundamental para que a licitação possa atrair outros operadores ferroviários.

No que se relaciona ao direito de passagem, a unidade instrutiva pugna por incluir as seguintes determinações à ANTT:

“392.2 determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que se abstenha de publicar o edital de concessão da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central:

I) sem esclarecer como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995 (§ 93);

(...)

V) sem incluir os Termos Aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem, no conjunto de documentos que comporão o edital, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 206);

(...)

VI) sem efetuar a devida análise e definir a(s) forma(s) mais adequada(s) de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 297);”

(grifou-se)

A unidade instrutiva também sugere algumas recomendações relacionadas ao mesmo direito:

“III) avalie formas de promover o uso das ferrovias por meio do compartilhamento cruzado entre as concessionárias e também por meio dos operadores ferroviários independentes, considerando durante as discussões da Agenda Regulatória a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem (§ 243);

(...)

V) realize análise de impacto organizacional no sentido de verificar, em especial na garantia do direito de passagem, a necessidade de adaptar fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais ou mesmo alterar sua estrutura e a alocação de recursos para atividades regulatórias decorrentes das obrigações assumidas no novo contrato (§ 260);”

(grifou-se)

É visível o esforço da unidade instrutiva para dar maior segurança jurídica à questão do direito de passagem, quer seja no trecho objeto da proposta de subconcessão, quer seja nos trechos adjacentes a este. Além da proposta relativa aos termos aditivos, há proposta de determinação para que a ANTT

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

formule esclarecimento sobre como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes e sobre a forma mais adequada de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem. Ademais, a instrução precedente traz recomendações para que a agência reguladora realize análise de impacto organizacional para verificar a necessidade de adaptar fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais ou mesmo alterar sua estrutura e a alocação de recursos para atividades regulatórias decorrentes das obrigações assumidas no novo contrato.

De acordo com informação da própria ANTT, publicada em seu sítio eletrônico, a celebração dos Termos Aditivos aos contratos vigentes com as concessionárias Estrada de Ferro Carajás (EFC), Ferrovia Norte-Sul S.A. (FNS), Ferrovia Transnordestina Logística S.A. (FTL), MRS Logística S.A. (MRS) e Rumo Malha Paulista S.A. (RMP), previamente à realização da licitação da FNS, tende a eliminar o risco de judicialização da questão, trazendo previsibilidade e segurança necessárias à realização do certame¹.

Embora os termos aditivos se tornem importantes para a transparência no exercício do direito de passagem, a situação não é tão simples. Ao contrário, é bastante complexa e essencial para definir a atratividade do objeto licitado.

Basta observar que o direito de passagem já é garantido na lei e na regulamentação da ANTT (Resolução 3.695/2011). Inclusive, cabe registrar, já consta como obrigação nas cláusulas de diversos contratos de concessão de ferrovias adjacentes à FNS, a exemplo do seguinte²:

“CLÁUSULA NONA – DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES

9.1 – DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA:

(...)

XX) Assegurar, a qualquer operador ferroviário, durante a vigência do presente contrato, a passagem de até 2 (dois) pares de trens de passageiros, por dia, em trechos com densidade anual de tráfego mínima de 1.500.000 TKU/km;

(...)

XXII) Garantir tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores de transporte ferroviário, mediante a celebração de contrato, dando conhecimento de tais acordos à CONCEDENTE no prazo de 30 (trinta) dias. Serão definitivas as exigências que a CONCEDENTE venha a fazer com relação às cláusulas de tais contratos referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário;”

Também não é recente a previsão do direito de passagem e de tráfego mútuo na lei e na regulamentação da ANTT.

Eis que o art. 25 da Lei 10.233/2001 assim estabelece:

“Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:

(...)

V – regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes” (grifou-se)

¹ (Fonte: Subconcessão da Norte-Sul: perguntas e respostas. Publicado em 14/7/2017, 16h45. Última modificação em 6/2/2018, 12h49. Acessado em 10/8/2018, disponível em:

http://antt.gov.br/salaImprensa/noticias/arquivos/2017/07/ANTT_e_PPI_publicam_perguntas_e_respostas_sobre_subconces_sao_da_Ferrovia_NorteSul.html).

² (Contrato de Concessão da Malha Oeste, celebrado entre a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, e a empresa Ferroviária Novoeste S.A., em 27/6/1996, disponível em:

http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/America_Latina_Logistica_Malha_Oeste_SA.html - p. 7)

Veja-se também o regulamento da ANTT, desde 2011, sobre a matéria (Resolução ANTT 3.695, de 14/7/2011):

“Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:

(...)

VI - direito de passagem: a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço;

(...)

Art. 14. Na existência de conflito quanto às questões associadas aos investimentos para expansão da capacidade, compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais, as concessionárias ou os usuários de transporte de cargas que se sentirem prejudicados poderão requerer a atuação da ANTT para resolução da questão, em especial:

I - na impossibilidade de acordo comercial entre cedente e requerente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais;

II - na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao valor dos investimentos de expansão de capacidade ou da tarifa de direito de passagem ou tráfego mútuo;

III - na impossibilidade de acordo quanto à comercialização, por parte da cedente, da capacidade ociosa decorrente de investimentos suportados pela requerente e não utilizada por ela;

IV - caso as exigências técnico-operacionais da cedente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais sejam consideradas abusivas pela requerente; ou

V - na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao estabelecimento e cumprimento dos cronogramas de execução das obras de investimento para expansão da capacidade.”

(grifou-se)

Trata-se de um tema muito debatido. O que deve ser analisado, no atual momento, é a razão pela qual a temática envolvendo o direito de passagem aparece de forma tão reiterada nas discussões sobre a subconcessão da FNS, a ponto de ser o segundo questionamento mais frequente nas audiências públicas.

A razão de haver tantas preocupações dos interessados é, em primeiro lugar, porque o direito de passagem importa na viabilidade ou inviabilidade do trecho a ser subconcedido para diversos interessados. De sua definição resulta a possibilidade de integração do sistema ferroviário e a possibilidade de acesso aos portos para diversos produtos do centro-oeste brasileiro.

Caso o direito de passagem não seja adequadamente garantido, certamente só restarão dois interessados na licitação, justamente aqueles que monopolizam os trechos ferroviários adjacentes (VLI e Rumo).

Em segundo lugar, porque os diversos participantes das audiências públicas, em sua maioria atuantes no setor ferroviário, têm conhecimento da ausência de efetividade da atual regulação estatal do direito de passagem, situação na qual os transportadores ficam à mercê das condições impostas pelos monopolistas, detentores das concessões da infraestrutura ferroviária nacional.

Não parece razoável esperar que as falhas hoje observadas pelos atores do setor atinentes à falta de efetivação do direito de passagem ou do tráfego mútuo se resolvam sem a construção de um ambiente regulatório necessário para tal. Afigura-se pouco crível que o simples oferecimento de esclarecimentos por parte da ANTT, em relação a sua atuação futura, induzirá a criação de um ambiente de disputa com ampla concorrência, no qual todos os potenciais interessados tenham segurança jurídica suficiente para ofertar os seus lances. A mera sinalização de que a questão será tratada no futuro, em vez de proporcionar segurança, confirma a falta de segurança para todos os possíveis interessados, com exceção da VLI e da Rumo, que já contam com situação resolvida em relação a esse quesito.

A efetivação ou não do direito de passagem não é um problema teórico. Esse direito depende das condições operacionais concretas da regulação estatal, o que ainda não ocorre. As estatísticas atuais

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

de direito de passagem parecem indicar o contrário, mas não refletem a realidade do problema existente. A uma, porque grande parte do direito de passagem hoje operacional se dá entre empresas do mesmo grupo. A carga da Malha Norte operada pela Rumo trafega em regime de direito de passagem ou de tráfego mútuo pela Malha Paulista, controlada pelo mesmo grupo econômico. O mesmo ocorre com a carga da VLI ao trafegar pela Estrada de Ferro Carajás. Apenas os pequenos trechos da MRS para acesso ao Porto de Santos e da Malha Nordeste para acesso ao Porto de Itaquí oferecem realmente uma solução de direito de passagem efetiva e operacional, resultado do esforço da agência reguladora, mas também de acordo entre as empresas envolvidas.

Ao tratar das condições operacionais para a realização do direito de passagem, no acima referido caderno de perguntas e respostas, a ANTT informa que:

“as diretrizes empregadas para a realização do Direito de Passagem estão descritas na Nota Técnica nº 9 (exercício_do_compartilhamento_da_infraestrutura_da_malha_ferrovária) e nos anexos dos Termos Aditivos propostos aos contratos existentes. Estas diretrizes abrangem dois aspectos (i) técnicos: soluções relativas à equipagem e habilitação, parâmetros técnicos de material rodante, sinalização e comunicações e desempenho operacional; (ii) comerciais: quantidade de faixas para compartilhamento, tarifa do compartilhamento e cláusula de demanda firme (take-or-pay).”

São perceptíveis, portanto, novos esforços da agência em definir melhor a operacionalidade futura do direito de passagem, todavia, esse empenho ainda se encontra ao nível de notas técnicas e minutas de termos aditivos.

Por outro lado, sob a ótica da denominada função regulatória estatal, a garantia do cumprimento dos contratos, em especial, do direito de passagem, vai bem além da compatibilização de equipamentos rodantes, sistemas de sinalização ou mesmo acordos comerciais prévios. É necessário que o Estado esteja estruturado para acompanhar e dirimir com agilidade os inexoráveis conflitos entre as partes, em todos os contratos de concessão de ferrovias.

É essencial, portanto, que haja certeza em relação à capacidade operacional da ANTT em efetivar a regulação dos contratos.

Vale rever o alerta trazido na instrução precedente:

“257. Além da compatibilização dos equipamentos e dos sistemas de sinalização, o regulador se preocupou com a possibilidade de que a subconcessionária priorize o movimento das suas composições em detrimento dos demais interessados, motivo pelo qual incluiu o item 9.6 na minuta de contrato. Esse item está alinhado com o interesse público em disponibilizar amplo acesso às malhas adjacentes de forma a propiciar a interoperabilidade do setor ferroviário.

258. Essa medida é complementar às medidas a serem adotadas visando a garantir o direito de passagem dos operadores ferroviários autorizados a explorar o serviço de transporte de cargas ferroviário, contudo **não há indicação se a ANTT está estruturada para realizar esse acompanhamento e quais informações são necessárias para que o órgão regulador promova a fiscalização dessa cláusula contratual.**

259. Verifica-se que essa preocupação deve se estender aos demais contratos de concessão vigentes e aos que virão a ser licitados, pois com a atuação tempestiva e efetiva da Agência, esse dispositivo poderá contribuir para a interoperabilidade do setor ferroviário brasileiro”. (grifou-se)

Frise-se que o estabelecimento de tarifas-teto não soluciona totalmente o problema da regulação, embora o amenize. No regime monopolista que hoje vigora, o acesso ferroviário aos portos ou o transporte ferroviário doméstico dependem em grande parte da regulação quanto aos parâmetros técnicos de material rodante, reserva obrigatória de capacidade operacional nas atuais concessionárias ferroviárias, sinalização e desempenho operacional, bem como de questões comerciais relacionadas à quantidade de faixas para compartilhamento, tarifa do compartilhamento e mediação ou arbitragem para o cumprimento das cláusulas contratuais.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

Mesmo em países com histórico de boa regulação estatal, há sempre o risco de a assimetria de informação entre a concessionária e o regulador prejudicar o interesse público.

Com a atual incerteza acerca da capacidade operacional da ANTT para regular o direito de passagem, mostra-se temerária a publicação de um edital de tal envergadura sem uma solução que ofereça segurança para os trinta anos do contrato. Não se faz aqui nenhuma crítica à capacidade técnica dos atuais quadros da ANTT, muito pelo contrário. O que se quer apontar é a insuficiência de estrutura para fazer face às diversas competências atribuídas por lei à ANTT.

Por esse motivo, impõe-se determinar à ANTT que se abstenha de publicar o edital em apreço sem definir, previamente, como pretende garantir a efetividade do direito de passagem, em termos de fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais, nos termos do art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001.

Além de disporem sobre a tarifa-teto do direito de passagem, as minutas de termos aditivos a serem firmados com as ferrovias adjacentes à FNSTC também cuidam da reserva de capacidade operacional, que consiste na estipulação da quantidade mínima de pares de trens por dia que a subconcessionária terá direito de trafegar nas ferrovias visitadas (cf. Tabela 1, à peça 85, p. 37).

Com efeito, não existe direito de passagem sem reserva de capacidade operacional. Ocorre, porém, que essa reserva de capacidade operacional só foi estabelecida para os primeiros 5 anos da subconcessão (de 2018 a 2022), conforme se verifica, por exemplo, do item 8 do Anexo ao Termo Aditivo 3, a ser celebrado com a FNS S/A (subconcessionária do Tramo Norte da FNS), a seguir reproduzido (peça 59, p. 6):

“8. Será garantido à **Subconcessionária**, nos 5 (cinco) primeiros anos, os volumes indicados na Tabela, devendo a FNS e a **Subconcessionária**, pactuarem no COE, os demais requisitos operacionais.

Tabela 1: Volumes assegurados

Descrição	Unidade	2018	2019	2020	2021	2022
Direito de passagem da FNSTC na malha da FNSTN	TU 10 ⁶	0,44	0,60	0,77	0,98	1,19
Pares de trens/dia	Unid	0,19	0,25	0,33	0,41	0,50

(...)”

Portanto, não há nenhuma garantia, nos aditivos a serem firmados, de que, após o primeiro quinquênio, a subconcessionária poderá passar com seus trens pelas ferrovias adjacentes, o que evidentemente afasta possíveis interessados.

Esse fato foi apontado pela unidade técnica como uma fragilidade na opção regulatória adotada pela ANTT para o direito de passagem a ser exercido pela futura subconcessionária da FNSTC.

Não obstante tal fragilidade, a unidade técnica optou por não propor recomendação ou determinação, sob o argumento de que a ANTT terá a oportunidade de tratar da questão na análise dos pleitos de prorrogação antecipada das concessionárias RMP, EFC e MRS (peça 85, item 237).

Ao ver do Ministério Público de Contas, a falta de garantia de capacidade operacional para o exercício do direito de passagem após o primeiro quinquênio da subconcessão traz evidente insegurança jurídica para os interessados no certame. Afinal, como poderão balizar suas propostas, se não sabem quais serão as efetivas condições para o transporte nas ferrovias adjacentes durante a maior parte da vigência contratual? Não se mostra razoável que tais condições fiquem a depender dos termos de eventuais e incertas prorrogações antecipadas dos contratos de concessão de algumas das ferrovias adjacentes.

É necessário que os termos aditivos com as concessionárias que serão visitadas pelos trens da subconcessionária em regime de direito de passagem abranjam todo o período contratual de que ainda dispõem. Assim, mesmo que não venha a ocorrer a prorrogação contratual antecipada de uma ou de todas elas, o direito de passagem da subconcessionária estará assegurado pelo prazo de duração dos contratos em vigor, cabendo ser adequadamente regulado para o prazo remanescente do contrato da Ferrovia Norte-

Sul Tramo Central. Para esse prazo remanescente, ou haverá novas concessionárias selecionadas já com regras claras de direito de passagem, ou as atuais concessionárias que obtiverem prorrogação de seus contratos terão pactuado já as novas regras para garantir o direito de passagem para todo o período de subconcessão da Norte-Sul Tramo Central.

Ainda sobre o direito de passagem, faz-se necessário examinar o tratamento dado pela atual proposta aos fluxos de carga não dirigidos ao comércio exterior.

As minutas de termos aditivos aos contratos de concessão/subconcessão das ferrovias FNSTN, EFC, FTL, RMP e MRS elaboradas pela ANTT contemplam as condições (tarifa-teto e diretrizes operacionais) para o exercício do direito de passagem por parte da futura subconcessionária da FNSTC apenas no tocante à carga que tenha como origem ou destino final os portos de Itaquí/MA e Santos/SP (peça 80, pp. 4, 24, 42 e 62, e peça 59, pp. 2/6 e 10), ou seja, carga voltada ao comércio exterior (importação/exportação).

Desse modo, permanecerão sem definição as condições para o exercício do direito de passagem quando a carga captada pela futura subconcessionária tiver origem ou destino ao longo das malhas ferroviárias adjacentes, isto é, quando se tratar de demanda doméstica. Nesse caso, as tarifas de direito de passagem serão objeto de negociação entre as partes, conforme o regramento contido na Resolução ANTT 3.695/2011, que, na ausência de uma atuação mais firme da agência reguladora, tem se mostrado insuficiente para garantir o efetivo exercício do direito de passagem pelas concessionárias de ferrovias, como visto acima. Se a negociação entre as partes resta frustrada, se se chega a um impasse, o direito de passagem simplesmente não acontece, não pode ser exercido. Isso dá poder à concessionária monopolista de inviabilizar um direito previsto em lei e em regulamento, o que piora a eficiência econômica do modal, pois impede qualquer tipo de concorrência intramodal.

A falta de definição de uma tarifa máxima para o direito de passagem no caso de demanda doméstica é um problema central, principalmente quando se tem em vista a previsão de que, no período de 2019 a 2028, mais de 53% da carga transportada pela FNSTC no sentido norte (passando pela FNSTN) não passará pela FTL, ou seja, **não terá como destino o Porto de Itaquí/MA** (cf. Tabela 12 à peça 85, p. 39). No sentido sul, nos dois primeiros anos da subconcessão (2019 e 2020), **a carga que não passará pela MRS, não se destinando, pois, ao Porto de Santos/SP, deverá ser superior a 80% da carga da FNSTC transportada ao longo da Rumo Malha Paulista** (cf. Tabela 13, à peça 85, pp. 39/40).

A importância da demanda doméstica para a subconcessão em exame foi realçada no Caderno de Demanda da Ferrovia Norte-Sul - Trecho Porto Nacional/TO – Estrela D'Oeste/SP, como se verifica do seguinte excerto do referido documento (peça 70, p. 59, grifou-se):

“O fato de seu traçado previsto ser no sentido longitudinal (norte-sul) implica que **o trecho deve ser caracterizado pelo transporte de cargas domésticas**, ligando regiões economicamente desenvolvidas, com significativa participação da indústria e grandes centros consumidores, principalmente quando consideradas as conexões com a malha ferroviária existente. Assim, **durante todo o horizonte de estudo, as cargas de mercado doméstico configuram como principal tipo de fluxo potencial a ser movimentado na ferrovia**, seguido das exportações. Já as importações devem ter menor representatividade na demanda alocada, conforme apresentado na Figura 20. Ressalta-se, entretanto, que as exportações/importações ganham participação relativa, de 18% em 2020 para 50% em 2055, enquanto que a representatividade das cargas relativas ao mercado doméstico cai de 82% para 50%.”

O gráfico abaixo, extraído do citado Caderno de Demanda, também deixa evidente a importância do mercado doméstico para a subconcessão (peça 70, p. 60):



Figura 20: Demanda alocada na FNS, por tipo de fluxo (2017-2055), em milhões de toneladas. Elaboração: LabTrans/UFSC (2018)

Assim, dada a relevância do mercado doméstico para a subconcessão da FNSTC, não é aceitável que a ANTT fixe apenas as condições comerciais e operacionais do direito de passagem envolvendo os fluxos de cargas destinados ao comércio internacional e não assegure, **desde logo**, o direito de passagem da futura subconcessionária quando se tratar de carga voltada ao mercado doméstico.

A ausência de definição de **tarifa-teto do direito de passagem** e de **reserva de capacidade operacional** para a carga doméstica da FNSTC traz prejuízos evidentes à competitividade e à economicidade do leilão da subconcessão, pois o cenário de acentuada incerteza quanto às condições que constarão dos Contratos Operacionais Específicos (COEs) a serem ou não celebrados pela futura subconcessionária com cada uma das concessionárias das ferrovias adjacentes (art. 6º da Resolução ANTT 3.695/2011) contribui de forma decisiva para reduzir a atratividade do certame por parte de potenciais interessados ou para reduzir o valor da outorga.

A unidade técnica, ciente desse problema, propôs recomendação à ANTT “*para que avalie, previamente à publicação do edital da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, o impacto às condições isonômicas de precificação e de lance entre os potenciais licitantes, com relação à existência de parcela de fluxos de carga doméstica a serem transportadas em regime de direito de passagem que não foram consideradas nas minutas de termos aditivos aos contratos das ferrovias adjacentes e, caso verifique prejuízo à competitividade do certame, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias*” (peça 85, p. 40).

Ao ver do Ministério Público de Contas, o prejuízo à competitividade do certame é evidente e grave, de modo que, em vez de recomendação para que a ANTT avalie esse prejuízo, deve-se, desde logo, expedir **determinação à agência reguladora, para que, previamente à publicação do edital da subconcessão da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade para o exercício do direito de passagem nas ferrovias adjacentes quando se tratar de transporte de carga voltada ao mercado doméstico.**

2. Limite de Dispersão Tarifária

No que diz respeito à metodologia de cálculo do Limite de Dispersão Tarifária prevista na minuta do contrato, no entendimento da unidade técnica, esta tende a, no longo prazo, engessar a tabela de tarifa de transporte, com possível desestímulo à eficiência do transporte ferroviário.

A ANTT, no tocante ao transporte ferroviário, é competente para regular e coordenar a atuação dos concessionários no sistema, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes (art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001). Essa prerrogativa legal tem a função de dar concretude aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade, inibindo discriminações e favorecimentos.

Em vista disso, em linha de concordância com a unidade técnica, entende-se cabível expedir **determinação à ANTT no intuito de induzir a referida autarquia a efetuar a devida análise técnica**

e definir a forma ou as formas mais adequadas de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, a fim de inibir discriminações e favorecimentos indevidos, mas preservando o princípio da eficiência.

3. Riscos de Engenharia

a) Obras da subconcessionária anteriores à operação

De acordo com a minuta de contrato, a subconcessionária deve concluir as obras dos Lotes 4S, 5S e 5SA e realizar a operação ferroviária da Extensão Sul, em conformidade com o projeto disponibilizado nos termos do edital, com valor estimado de R\$ 175 milhões. Esse valor reflete o saldo orçamentário dos contratos de construção sob a gestão da estatal.

b) Obras a serem concluídas pela Valec antes do início da operação do trecho

A conexão ferroviária entre o Tramo Central e a Malha Paulista depende da conclusão das obras pendentes. Essas pendências dizem respeito, em um primeiro momento, às obras inconclusas e, em segundo momento, às obras a cargo da Valec construídas em desacordo com as especificações técnicas do projeto.

No que diz respeito às obras inconclusas, que ficarão a cargo da Valec, de acordo com a unidade técnica:

“147. Os documentos que compõem o Plano de Outorga referente à subconcessão da FNS preveem a data de entrega das obras sob responsabilidade da Valec (Lotes 1S a 3S) no dia da data de assinatura do contrato de subconcessão, conforme pode ser observado no item 3.1 (iii) da minuta de contrato (peça 65, p.11) combinado com o item 1.1 (iii) do Anexo 5 (peça 65, p. 88). O primeiro determina que o Termo de Recebimento Provisório da FNS será celebrado na mesma data de assinatura do contrato pela subconcessionária, conforme transcrito a seguir:

3. Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(...)

(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.

148. Já o item 1.1 (iii) do Anexo 5 da minuta do contrato (peça 65, p.88) dispõe que o projeto *as built* será entregue juntamente com o Termo de Recebimento Provisório.

1.1 A Subconcessionária, a partir da assinatura do Termo de Recebimento Provisório, terá o prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para protocolar reclamação à ANTT, em razão de eventuais vícios ocultos dos bens da Ferrovia cuja posse foi a ela transferida pela Interveniente Subconcedente, em razão do Contrato de Subconcessão.

(...)

iii. É admitida a reclamação de bens que eventualmente foram entregues em desconformidade com o relatório do projeto ‘as built’ entregue juntamente com o Termo de Recebimento Provisório.”

A unidade técnica esclarece que a situação relativa ao prazo de conclusão das obras se agrava pela informação de que as obras, em especial as do lote 1SA, ainda não foram concluídas e existem pendências com alto risco de comprometer a sua entrega no prazo esperado.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

Adverte, ainda, que, sem a conclusão desse lote, não haverá conexão ferroviária entre o Tramo Central e a Malha Paulista.

Com esse entendimento, a SeinfraPortoFerrovia propôs determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS sem adotar uma data limite para a conclusão das obras pela Valec, considerando as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária providenciar as devidas medidas preparatórias para o início da operação.

No que diz respeito às obras construídas pela Valec em desconformidade com as especificações técnicas do projeto, essas dizem respeito à situação detectada pelo próprio TCU, na qual a brita usada pelas empreiteiras contratadas da Valec estava com qualidade inferior àquela especificada nos projetos, o que ocorreu em três lotes. O valor dessas correções já foi estimado pela Valec. Todavia, conforme alerta trazido na instrução precedente, não há garantia quanto à precisão desse valor, que pode sofrer alteração pela necessidade de troca dos trilhos e dormentes, com desmontagem e remontagem da superestrutura.

A opção trazida na minuta contratual para essas obras, conforme transcrito acima, é a de permitir à futura concessionária, dentro de um prazo de 365 dias da data da assunção, reclamar de todos os defeitos que encontrar nos bens da ferrovia que lhe forem entregues. Também o item 27.2, (h), que trata de alocação de riscos, atribui expressamente ao poder concedente a responsabilidade pelos riscos referentes a “*defeitos em quaisquer obras realizadas pelo Poder Público na Ferrovia ou em qualquer ligação a ele.*”

A proposta de subconcessão do direito de exploração do trecho da EF-151 nesses termos maximiza os problemas decorrentes da assimetria de informação, a saber, a seleção adversa e o risco moral. Tanto afasta potenciais interessados na disputa quanto coloca em risco o pagamento de outorga, decorrente dos pedidos de reequilíbrio da subconcessionária, por atraso na entrega das obras a cargo da Valec ou deficiências nas obras entregues por essa estatal.

Tratando da fase anterior à licitação, verifica-se que o trecho da FNS compreendido entre Açailândia/MA e Palmas/TO, com 720 quilômetros, denominado de “Tramo Norte”, é controlado pela VLI Multimodal S.A., subsidiária integral da VLI S.A. Além disso, embora com pouca utilização, conforme a declaração de rede, tem-se notícias de que, desde 2015, essa empresa opera em subtrechos ferroviários que fazem parte do objeto da atual proposta de subconcessão, ou seja, de Anápolis/GO até o Porto Nacional/TO (peça 94, disponível em <http://valec.gov.br/noticias/136-ultimo-carregamento-de-farelo-chega-hoje-ao-porto> - com acesso em 24/8/2018 17:20).

No mesmo sentido, há o vídeo demonstrando a saída de 4 locomotivas do Pátio de Anápolis, sob a operação da VLI, rumo ao norte do país:

<http://valec.gov.br/noticias/127-assista-ao-video-da-saida-de-4-locomotivas-do-patio-de-anapolis>

Isso ocorre por meio de operações comerciais na ferrovia autorizadas pela ANTT em fevereiro de 2015. Os contratos entre cliente e operador ferroviário foram efetivados no mesmo ano.

O transporte ferroviário está sendo feito pela VLI, por meio de um contrato com a Valec de venda de direito de passagem no trecho da Ferrovia Norte Sul, compreendido entre Porto Nacional (TO) e Anápolis (GO), em plenas condições operacionais e com licenças de operação concedidas pela ANTT e IBAMA, o que revela a existência, no momento atual, de relevante assimetria de informação, fazendo com que a VLI conheça melhor do que os demais interessados os passivos ambientais e as obras já concluídas. Daí a necessidade imperiosa, para se garantir a competitividade do certame em igualdade de condições, do prazo mínimo proposto de 180 dias para que outros interessados possam percorrer a ferrovia e adquirir o mesmo acervo de informações de que já dispõe a VLI acerca dos passivos ambientais e estado da ferrovia.

Os links abaixo demonstram como ocorre a operação e quais foram as cargas transportadas no referido subtrecho do Tramo Central da FNS, alcançando a cidade de Anápolis/GO:

<http://www.valec.gov.br/noticias/582-video-revela-como-e-feito-transporte-na-fns>

<http://www.valec.gov.br/noticias/456-ferrovia-norte-sul-em-operacao-1>

<http://www.valec.gov.br/noticias/567-valec-opera-transporte-de-trilhos-pela-fns>

<http://www.valec.gov.br/noticias/557-valec-realiza-dois-novos-transportes-trilho-e-manganes>

<http://www.valec.gov.br/noticias/122-ferrovia-norte-sul-inicia-transporte-de-locomotivas>

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

Evidentemente, as decisões do mercado no mundo real são feitas com informação incompleta e essa realidade, relativa ao conhecimento imperfeito nas transações, não é uma falha de mercado por si. O problema emerge quando o comprador potencial, ou o vendedor potencial, tem uma informação importante para a transação que a outra parte não tem, derivando daí as falhas regulatórias denominadas de “seleção adversa” e de “risco moral”, caracterizados, respectivamente quando os potenciais “compradores” selecionam de maneira incorreta determinados bens e quando é impossível a uma das partes monitorar adequadamente as ações inadequadas da outra, após o contrato.

Em relação ao possível risco de diminuição do pagamento de outorga, verifica-se que, na data de assinatura do contrato, a subconcessionária assinará apenas o Termo de Recebimento Provisório. Haverá a possibilidade de a vencedora reclamar formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios ocultos que acometam os bens da subconcessão, em um contexto certamente marcado pela assimetria de informação entre a contratada e a referida agência.

Ressalta-se que os conflitos de interesse entre poder concedente e subconcessionária não são uma questão teórica. No âmbito do TC 033.220/2012-3, entre os achados da auditoria sobre o trecho controlado pela VLI (Tramo Norte), foi identificado o “Descumprimento de Cláusulas de Subconcessão”, desdobrando-se em prejuízos para a União devido a: a) transferência irregular de obrigações à Valec; b) prejuízo ao erário; c) prejuízo ao meio ambiente; e d) prejuízos à prestação do serviço público adequado (item 72 do Relatório de Acompanhamento).

Convém transcrever o excerto do relatório, no que diz respeito à transferência irregular de obrigações da subconcessionária para a estatal Valec:

“a) Transferência irregular de obrigações à Valec

73. A Vale, ao participar da concorrência do Edital 1/2006, peça 12, tinha conhecimento das pendências existentes e elencadas no Anexo VII do Contrato de Subconcessão do trecho I e assumidos pela Valec. Como consequência, a Vale sabia que eventuais passivos existentes, além daqueles do Anexo VII, seriam de responsabilidade da vencedora do certame, no caso a FNS S/A, empresa constituída pela Vale em atendimento ao referido edital. Portanto, imputar obrigações, não constantes do Anexo VII do contrato, referentes ao trecho I à Valec seria irregular.

74. Quanto aos 88 itens relativos ao passivo ambiental, cujas responsabilidades devem ser repartidas entre a Valec e a Vale, também se verifica a tentativa da Vale em atribuir a quase totalidade (87) dos passivos ambientais à Valec. Por outro lado, **a Valec não demonstra defender efetivamente seus interesses.**

75. Com relação à retirada de invasores da faixa de domínio do trecho I, o contrato de subconcessão é claro ao estabelecer responsabilidade solidária entre a Valec e a FNS S/A. Esse encargo não deve recair apenas sobre a Valec.

76. Quanto aos Trechos I-A e II, os termos de entrega e recebimento dos trechos continham anexos com listagem de obras a serem executadas pela Valec para correção de falhas de construção e de passivos ambientais. Dessa forma, não cabe discutir outros passivos identificados, após celebrados os citados termos e não constantes dos respectivos anexos.

77. Para o Trecho III da subconcessão, a situação é mais complicada, pois, passados dois anos da operação da via pela FNS S/A, ainda não se tem um relatório formal de inspeção dos passivos presentes no trecho, nem sequer as obras foram recebidas pela Valec da construtora. A preocupação e o acompanhamento deste Tribunal devem ser ainda maiores sobre as negociações de responsabilidades desse trecho.” (grifou-se)

Diante do evidente risco de atraso na entrega das obras por parte da Valec, de forma semelhante ao constatado no relatório precedente ao Acórdão 1.103/2013-Plenário (experiência de subconcessão do Tramo Norte), no qual verificou-se que, convém frisar, a “*Valec não demonstra defender efetivamente seus interesses*”, a fórmula proposta pela ANTT, além de não mitigar o risco moral, acaba reforçando o direito da futura subconcessionária em buscar reequilíbrio do contrato, reequilíbrio este, redundante dizer, sempre a favor da subconcessionária.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

Mais uma vez, não parece coerente com o princípio da eficiência submeter o erário ao risco de haver pedidos de reequilíbrio ou indenizações para a contratada decorrentes dos eventuais atrasos da Valec em concluir as obras, somente para promover ainda no curso do atual mandato presidencial, isto é, ainda no atual governo, a subconcessão de um trecho não operacional e que somente poderá operar após a conclusão dessas obras. Isso simplesmente não faz sentido.

Assim, a opção correta para evitar esse risco e o total controle informacional por parte da subconcessionária em relação às obras é transferir a ela, desde a assinatura do contrato, a obrigação de aceitar as obras porventura já prontas e concluir ela mesma as pendências de engenharia, alocando os riscos de forma mais coerente com o princípio da eficiência. Portanto, a subconcessionária deverá subrogar-se, como contratante, nos contratos de empreitada em vigor firmados pela Valec. Para que isso seja possível, é fundamental que o prazo mínimo de 180 dias proposto pelo Ministério Público de Contas seja observado para que os licitantes possam se inteirar das questões fático-jurídicas envolvendo todas as obras inacabadas, procedendo inclusive à inspeção física do estado atual das obras e de sua qualidade.

Propõe-se, assim, **determinar à ANTT que 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 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, nos termos do §2º do art. 26 da Lei 8.987/1995.**

Com relação aos vícios comprovadamente ocultos, entende-se adequada a fórmula expressa na minuta de edital que estabelece, da data de assunção, um prazo de 365 dias para que a subconcessionária reclame formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios realmente ocultos que acometam os bens da ferrovia cuja posse seja a ela transferida pela interveniente subconcedente.

A conformação do objeto a ser subconcedido por meio de licitação a ser definida pelo poder concedente não pode se dar em prejuízo da competitividade do certame e da boa execução contratual posterior. Conformar o objeto com tantas incertezas que somente duas ou uma empresa tenha interesse pelo objeto viola o dever jurídico de promover a mais ampla competição possível para dar concretude ao princípio da isonomia e da busca da melhor proposta. No caso concreto, a atribuição de responsabilidade pela conclusão de parte das obras remanescentes à Valec afeta concretamente a perspectiva de interligação do Tramo Central com a Malha Paulista, porquanto torna incerto o momento em que se dará essa interligação. Acresce-se a isso outra incerteza: a qualidade da obra a ser executada pela Valec e recebida pela subconcessionária, que poderá ser objeto de conflito entre ambas. Essas duas incertezas, especialmente a que se refere ao momento de interligação com a Malha Paulista, conjugada com as incertezas presentes no quesito direito de passagem, tornam o edital extremamente mais atraente para a empresa VLI do que para qualquer outra potencial interessada. Com efeito, para a empresa VLI, e apenas para ela, a interligação com a Malha Paulista é uma questão secundária, uma vez que ela já dispõe de uma saída pelo norte que independe de uma forte regulação do direito de passagem.

Por seu caráter restritivo da competição, a solução delineada na minuta de contrato da subconcessão (peça 65) não pode ser considerada como adequada para a conclusão de tais remanescentes de obra. Os elementos objetivos contidos nos autos apontam no sentido de que a atribuição à Valec da responsabilidade pela conclusão de obras de significativa dimensão configura fator gerador de incerteza, que compromete a possibilidade de competição no leilão.

Basta, para tanto, verificar a experiência mapeada pelo Tribunal, ao deliberar sobre auditoria realizadas em obras de construção da Ferrovia Norte-Sul (FNS), sob a responsabilidade da Valec (Acórdão 1.103/2013 – Plenário). Os problemas identificados são de várias ordens e de elevada gravidade, a revelar que deve ser atribuída à futura subconcessionária a conclusão de todas as obras, porquanto assim poderá ela tomar conhecimento prévio da situação atual, estabelecer cronograma de execução, orçar e precificar sua proposta no leilão com razoável grau de certeza sobre quando poderá ela dispor da interligação com a Malha Paulista. Essa solução elimina também o risco de a subconcessionária ter motivos para reclamar de eventual má qualidade das obras, já que ela mesma será responsável por elas. Daí a pertinência da determinação ora proposta pelo Ministério Público de Contas.

4. Passivos Ambientais

A unidade técnica destacou o balizamento contido na minuta de contrato de subconcessão da exploração da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (peça 65) acerca dos passivos ambientais e dos encargos relacionados à desocupação das áreas de domínio e propôs a expedição de recomendação à ANTT, conforme revela o seguinte trecho do referido relatório:

“281. Especificamente quanto à questão ambiental e à invasão de faixa de domínio, percebe-se que a Agência indicou nos subitens 5.1.v e 5.2.iii da minuta contratual que as áreas e imóveis localizados na faixa de domínio, cuja situação fundiária esteja irregular na data de assunção e/ou sejam objeto de processos judiciais de desapropriação em andamento, bem como as ocupações na faixa de domínio anteriores à data de assunção são de responsabilidade da Interveniente subconcedente (Valec).

282. Nesse mesmo sentido, o item 12.2.h prevê como encargo da Interveniente subconcedente, a responsabilização pelos passivos ambientais e ocupações da faixa de domínio cujo fato gerador seja anterior à data de assunção. Complementa-se que o item 12.3.ee impõe como responsabilidade da Interveniente subconcedente a regularização, assim como o ônus e as despesas relacionadas, dos passivos ambientais preexistentes à transferência da subconcessão.

283. Ocorre que o item 3.1.ix da minuta do contrato dispõe que tanto os passivos ambientais quanto as invasões da faixa de domínio serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro:

3 Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(...)

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

284. Dessa forma, a leitura fria do item 3.1.ix contraria os demais dispositivos contratuais mencionados, ao prever o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões na faixa de domínio, inclusive aqueles anteriores à data de assunção, enquanto outros itens da minuta impõem à Interveniente subconcedente a responsabilidade pela correção.

285. Caso o texto da minuta de contrato permaneça como está e seja identificado algum passivo ambiental ou invasão da faixa de domínio anterior à data de assunção da subconcessionária, poderá haver a obrigação da Interveniente subconcedente regularizar a situação, arcando com todas as despesas, ao mesmo tempo em que a subconcessionária fará jus a um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

286. Ante o exposto, propõe-se recomendar à ANTT que adeque o item 3.1 (ix) da minuta de contrato com os itens 5.1 (v), 5.2 (iii), 12.2 (h), 12.3 (ee), de forma a deixar claro a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio, anteriores à data de assunção da subconcessionária, caso a Interveniente subconcedente não cumpra com as suas obrigações contratuais.” (grifos originais)

Com as vênias de estilo, o Ministério Público de Contas entende que a responsabilidade da subconcessionária relacionada aos passivos ambientais deve ser integral, ou seja, deve alcançar tanto aqueles resultantes de fatos geradores ocorridos anteriormente à data de assunção da subconcessão, como os resultantes de fatos que vierem a ocorrer a partir de então e até a conclusão do contrato. Explica-se.

A alocação de riscos na conformação de projetos de concessão é norteadada por dois princípios fundamentais: a) a clareza e a objetividade na atribuição de responsabilidades a cada parte envolvida; b) a atribuição de responsabilidade pela assunção do respectivo risco a quem detenha mais condições de mensurar os seus impactos e maior capacidade de gerenciá-los.

A solução dos passivos ambientais está diretamente associada à execução do objeto a ser subconcedido. A solução delineada na minuta de edital e contrato é certeza de geração de conflitos na

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

execução contratual. Já a assunção integral dessa responsabilidade pela subconcessionária mitiga consideravelmente os elementos de incerteza sobre a execução contratual, porquanto elimina possibilidades de discussão sobre o momento em que surgiu tal ou qual passivo, a exemplo de uma voçoroca à margem da ferrovia. Muito mais eficiente e seguro é que as possíveis interessadas inspecionem toda a linha e identifiquem todos os passivos já existentes para planejar e orçar sua correção, incorporando em suas propostas a precificação adequada. Assim, não haverá dúvidas sobre a responsabilidade acerca de todo e qualquer passivo ambiental. Para isso, contudo, é fundamental que as interessadas disponham de prazo mínimo razoável para essa inspeção e precificação. Daí novamente a necessidade de prazo mínimo de 180 dias para apresentação das propostas a partir da publicação do edital.

Veja-se que o Caderno de Meio Ambiente da subconcessão, de junho/2017, elaborado pela ANTT para subsidiar a Audiência Pública 7/2017 (peça 74 deste processo), menciona que a Valec encaminhou o Relatório “Controle de Ocorrências Ambientais” (lista de ocorrências ambientais causadas até março/2017) e que a ANTT, após análise da área técnica da agência, verificou que todas as ocorrências mencionadas são referentes à manutenção ou à conclusão de obras, conforme “Planilha de Análise de Ocorrências Ambientais”.

Ao transferir para a vencedora do certame a totalidade dos passivos ambientais, o Poder Público impõe à subconcessionária a responsabilidade de mensurar e de precificar prévia e adequadamente todos os riscos associados a esses passivos. Passa a ser da subconcessionária a responsabilidade total, de modo que a contratada não poderá, futuramente, alegar eventual desequilíbrio econômico-financeiro em razão de fato gerador que porventura tenha dado causa a algum passivo ambiental, o que é coerente com a diretriz de reduzir incertezas sobre a execução contratual para com isso atrair interessados para uma competição efetiva.

A experiência revela e o TCU, a ANTT, as concessionárias e as subconcessionárias, enfim, todos sabem que passivos ambientais são fonte completamente indesejada de eternas discussões acerca dos direitos e das obrigações de cada parte contratual. Não faz sentido abrir espaço para esse tipo de incerteza.

A esse respeito, segue excerto da instrução da então Secretaria de Fiscalização de Obras Portuárias, Hídricas e Ferroviárias - Secob, de fevereiro/2013, nos autos do TC 033.220/2012-3 (Levantamentos de Auditoria pelos quais se buscou verificar a qualidade da Construção da Ferrovia Norte-Sul Tramo Norte e a consecução dos objetivos operacionais estabelecidos para o empreendimento, peça 51 do TC 033.220/2012-3):

“53. Estabelecidas as responsabilidades contratuais, verificaram-se discussões entre Valec (concessionária da malha e subconcedente a partir de 2007), Vale (operadora da malha desde a construção à subconcessão) e FNS S/A subsidiária da Vale e subconcessionária, a partir de dezembro de 2007) quanto às obrigações de correção dos passivos ambientais citados e outros mais identificados após vigente a subconcessão.

54. Até o momento em que esta instrução é redigida não há, entre Valec, FNS S/A e Vale, consenso sobre as responsabilidades de cada empresa. Adicionalmente aos levantamentos anteriores, em 2012 foi realizada nova inspeção pela FNS S/A e Valec na qual se identificaram outros 53 pontos para os quais se devem definir a responsabilidade pela correção.

55. Além disso, durante as negociações entre as partes, constatou-se que as partes não chegaram à definição do que seria a condição inicial do trecho construído para que a Vale devolva o trecho I ‘nas condições de projeto’, em decorrência de falta de documentação técnica suficiente e pela antiguidade da obra (construída nos anos 1980 e 1990). Ademais, verificou-se que o projeto *as built* (registro do que efetivamente foi construído incluindo as modificações em relação ao projeto executivo e respectivas justificativas) apresentava divergências em relação ao projeto original – ausência de elementos de drenagem e serviços de proteção vegetal para taludes de corte e aterro – e não representava fielmente as obras executadas, contribuindo para o impasse sobre as responsabilidades.

56. Sobre a verificação do cumprimento das obrigações da Vale de manter o trecho I e de corrigir passivos ambientais ao término do Contrato 26/2005, peça 11, a Valec informou ter incluído no Contrato 33/2007 a necessidade de discutir com a Vale as origens e

responsabilidades de cada um dos passivos, como estabelecido no item 10.2, XXII, do referido contrato.

(...)

73. A Vale, ao participar da concorrência do Edital 1/2006, peça 12, tinha conhecimento das pendências existentes e elencadas no Anexo VII do Contrato de Subconcessão do trecho I e assumidos pela Valec. Como consequência, a Vale sabia que eventuais passivos existentes, além daqueles do Anexo VII, seriam de responsabilidade da vencedora do certame, no caso a FNS S/A, empresa constituída pela Vale em atendimento ao referido edital. Portanto, imputar obrigações, não constantes do Anexo VII do contrato, referentes ao trecho I à Valec seria irregular.

74. Quanto aos 88 itens relativos ao passivo ambiental, cujas responsabilidades devem ser repartidas entre a Valec e a Vale, também se verifica a tentativa da Vale em atribuir a quase totalidade (87) dos passivos ambientais à Valec. Por outro lado, a Valec não demonstra defender efetivamente seus interesses.

(...)

76. Quanto aos Trechos I-A e II, os Termos de entrega e recebimento dos trechos continham anexos com listagem de obras a serem executadas pela Valec para correção de falhas de construção e de passivos ambientais. Dessa forma, não cabe discutir outros passivos identificados, após celebrados os citados Termos e não constantes dos respectivos anexos.

77. Para o Trecho III da subconcessão a situação é mais complicada, pois, passados dois anos da operação da via pela FNS S/A, ainda não se tem um relatório formal de inspeção dos passivos presentes no trecho, nem sequer as obras foram recebidas pela Valec da construtora. A preocupação e o acompanhamento deste Tribunal devem ser ainda maiores sobre as negociações de responsabilidades desse trecho.”

Cumpre lembrar, com base no pertinente alerta da então Secob (peça 51, item 97, do TC 033.220/2012-3), que passivos ambientais:

a) causam perda de eficiência na prestação do serviço de transporte ferroviário e

b) diminuem a competitividade do modal, geram descrédito no mercado e frustram o incremento de volume esperado a ser transportado.

No âmbito do referido processo, sobreveio o Acórdão 1.103/2013 – Plenário (TC 033.220/2012-3), no qual se tem o claro retrato da insegurança jurídica que passivos ambientais, ainda que a responsabilidade de cada partícipe esteja teoricamente prevista no instrumento contratual, podem dar causa no curso da execução dos ajustes firmados:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consolidação de onze auditorias realizadas na obra de construção da Ferrovia Norte-Sul (FNS), sob a responsabilidade da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com o objetivo de verificar se os parâmetros da via férrea construída são adequados à classe da ferrovia projetada.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, em:

9.1. determinar a oitiva da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta decisão, informe as medidas que está tomando para:

9.1.1. promover celeridade às negociações de responsabilização sobre os passivos ambientais e de engenharia da Ferrovia Norte-Sul, no âmbito do Contrato de Subconcessão 33/2007, trecho subconcessionado de Açailândia a Palmas, para solução definitiva desses, esclarecendo se foram observadas as seguintes premissas:

9.1.1.1. quanto ao Trecho I, as responsabilidades da Valec se referem somente aos passivos ambientais apontados no Anexo VII do contrato de subconcessão, sendo que quaisquer outras pendências devem ser imputadas exclusivamente à subconcessionária Ferrovia Norte-Sul S.A., e as responsabilidades sobre os 88 (oitenta e oito) passivos listados naquele anexo devem

ser repartidas entre Valec e Vale, de acordo com as causas motivadoras, se de falhas construtivas a cargo da Valec ou de manutenção e operação a cargo da Vale, conforme Cláusula 10.2, inciso XXII, do contrato de subconcessão;

9.1.1.2. quanto aos Trechos I-A e II da subconcessão, as responsabilidades da Valec são exclusivamente as constantes do Anexo I do Termo de Entrega e Recebimento do Trecho I-A e as dos Anexos 01 (01-A e 01-B), 02 e 05 do Termo de Entrega e Recebimento do Trecho II, sendo que quaisquer outras pendências devem ser imputadas exclusivamente à subconcessionária Ferrovia Norte-Sul S.A.;

9.1.1.3. quanto ao Trecho III, quando da elaboração do relatório para identificação dos passivos ambientais e de engenharia, haja vista estar em operação pela concessionária FNS S/A, desde 19/2/2010, comprovar efetivamente a distinção entre falhas de construção e problemas ocasionados pela operação de trens e por falhas de manutenção, de modo a balizar a alocação de responsabilidades à Valec tão somente pelas falhas de construção;

9.1.2. negociar com a subconcessionária Ferrovia Norte-Sul S.A., fundamentada em estudos técnicos e jurídicos que ponderem custos e benefícios e valores envolvidos, com interveniência da Agência Nacional de Transportes Terrestres, do Ministério dos Transportes e da Advocacia-Geral da União, por meio das respectivas procuradorias, a solução das pendências de construção e passivos ambientais de responsabilidade da Valec pelo montante não pago da outorga pela FNS, tendo como limitador das obrigações da Valec o Anexo VII do contrato de subconcessão, os termos de entrega e recebimento dos Trechos I-A e II e inspeção do Trecho III que diferenciem claramente pendências de construção de falhas de manutenção e problemas ocasionados pela operação do trecho e avalie a possibilidade de as negociações acima abarcarem a necessária divisão de responsabilidades da Valec e Vale referentes ao Anexo VII do contrato de subconcessão;”

No caso do Tramo Central, uma vez ciente dos passivos preexistentes à celebração do contrato, a subconcessionária não terá como, futuramente, alegar desconhecimento, fator surpresa ou qualquer outro fato que possa vir a desonerá-la de sua obrigação de executar o objeto nos termos estritamente pactuados e à conta do preço que a levou a sagrar-se vencedora do leilão.

O contrato a ser firmado deve ser fonte segura de estabilidade para a relação jurídica. Os direitos e as obrigações contratualmente previstos são as balizas que irão nortear a execução do objeto e, exatamente por isto, o contrato deve ser o mais claro, objetivo e transparente possível, de modo que cada partícipe saiba, desde a publicação do edital, culminando com a celebração da avença, o que lhe cabe, o que se espera dele e o que lhe poderá e deverá ser exigido.

Qualquer que seja seu perfil, o investidor busca rentabilidade para o seu capital e a absoluta clareza em relação aos riscos que terá de assumir é fator essencial para a sua tomada de decisão de entrar ou não no negócio. Nesse cenário, a transferência de todos os passivos ambientais para a subconcessionária é medida que se revela como a mais adequada para a subconcessão do Tramo Central justamente porque elimina incertezas e fontes de conflito, o que milita para a atração de interessados.

É certo que essa transferência terá impacto significativo sobre o custo do projeto, reduzindo o valor de outorga, mas esta questão é secundária, se levado em conta que a eliminação de incertezas minimiza futuros impasses contratuais e, por conseguinte, favorece a regular execução contratual e o cumprimento dos prazos pactuados.

Não se argumente que a decisão de repassar, ou não, integralmente os passivos ambientais para o licitante vencedor estaria na esfera discricionária do gestor público. Os impactos evidentes dessa decisão sobre a competitividade do certame afastam essa pretensa liberdade discricionária. Não pode o gestor optar por solução que implique redução da competitividade do certame, tendo ele disponível solução que a amplie, com evidentes vantagens também para a futura execução contratual.

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.**

5. Inventário

A necessidade de inventariança dos bens é uma outra questão de alta relevância no contexto da subconcessão. Essa inventariança deve ocorrer previamente ao lançamento do edital do certame e à celebração do contrato.

Isso porque a natureza do objeto ostenta complexidade, considerando que a ferrovia compreende *“todas as instalações, obras de arte, infraestruturas, superestruturas, ramais, sistemas de sinalização, edificações e demais bens e serviços necessários à disponibilização do trecho compreendido entre Porto Nacional (TO) e Estrela D’Oeste (SP) para o transporte, conforme termos e condições do Contrato de Subconcessão e seus respectivos Anexos, e regulamentação da ANTT”* (minuta do edital, Parte II - Definições, item “xxi”, peça 66, p. 6).

A esse respeito, a minuta de contrato de subconcessão dispõe o seguinte (grifos no original):

“3 Bens da Subconcessão [peça 65, pp. 11/2]

3.1 Composição

(i) Integram a **Subconcessão** os bens necessários à prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas associado à exploração de infraestrutura da malha ferroviária subconcedida (**Bens da Subconcessão**), cuja posse, guarda, manutenção, conservação e vigilância são de responsabilidade da **Subconcessionária**.

(ii) Os bens integrantes da **Subconcessão** compreendem:

(a) todos os bens de propriedade da **Subconcessionária**, adquiridos e construídos para a execução do **Contrato**;

(b) todos os bens da Ferrovia cuja posse foi transferida pela **Interveniente Subconcedente** à **Subconcessionária**;

(c) todos os bens adquiridos, arrendados e locados de terceiros pela **Subconcessionária** para a execução do **Contrato**; e

(d) todos os bens decorrentes de investimentos realizados por **Usuários** na **Ferrovia**, em razão do objeto da **Subconcessão**;

(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;

(b) ouvidas as **Partes**, a **ANTT** proferirá decisão acerca da reclamação, no prazo estabelecido no **Anexo 5**, garantido o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato;

(c) o prazo estabelecido na subcláusula 3.1 (iii) (a) é improrrogável, devendo a **ANTT** indeferir qualquer reclamação intempestiva;

(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);

(iv) Transcorrido o prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, a **Subconcessionária** deverá assinar o **Termo de Recebimento Definitivo** dos bens vinculados à **Subconcessão**;

(v) Na hipótese de a **Subconcessionária** fazer uso do direito previsto na subcláusula 3.1 (iii)(a), o **Termo de Recebimento Definitivo** deverá ser assinado pelas **Partes** após a decisão final da **ANTT** sobre a reclamação;

(vi) A **Subconcessionária** obriga-se a manter em bom estado de funcionamento, conservação e segurança, e às suas expensas, os **Bens da Subconcessão**, durante a vigência do **Contrato de Subconcessão**, efetuando as reparações, renovações e adaptações necessárias, inclusive adotando as providências cabíveis para a sua desocupação se e quando invadidos por terceiros;

(vii) A Subconcessionária obriga-se, no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contados a partir da Data de Assunção, a realizar o inventário dos Bens da Subconcessão e a mantê-lo devidamente atualizado, disponibilizando acesso permanente e ininterrupto à ANTT;
 (viii) O inventário de Bens da Subconcessão previsto na subcláusula 3.1 (vii) indicará as invasões por terceiros em Bens da Subconcessão anteriores à Data de Assunção;
 (ix) Os passivos ambientais e invasões na faixa de domínio anteriores à Data de Assunção e assim identificados serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.
 (...)”

“**12.3 Direitos e Deveres da Subconcessionária** [peça 65, pp. 22/3]

(...)

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

(...)

(q) realizar e manter atualizados os inventários dos **Bens da Subconcessão;**”

Sobre o tema, a unidade técnica ponderou o seguinte (peça 85):

“V.1. Bens da subconcessão

251. Os bens da subconcessão são definidos no item 3 da minuta de contrato (peça 65) como os bens necessários à prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas associado à exploração de infraestrutura ferroviária, cuja posse, guarda, manutenção, conservação e vigilância são de inteira responsabilidade da subconcessionária.

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 (peça 65) 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.

A Análise da SeinfraPortoFerrovia ficou adstrita ao seguinte trecho:

254. Constatou-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.” (peça 85)

O contrato de subconcessão rege a outorga da subconcessão, bem como os direitos e as obrigações dela decorrentes, e, como se vê, a minuta do contrato impõe à subconcessionária a obrigação de realizar o inventário dos bens da subconcessão, o qual também deverá indicar nada menos do que as invasões por terceiros em bens da subconcessão anteriores à data de assunção³.

Por imperativo lógico e econômico-financeiro, o inventário, por ser uma peça essencial, deve compor um anexo do contrato de concessão/subconcessão, ante a necessidade primordial de se ter plena ciência dos bens que integrarão a prestação do serviço.

O conhecimento prévio do acervo, entre outras funcionalidades, permitirá o controle do órgão regulador sobre toda e qualquer fonte de renda para as concessionárias/subconcessionárias e contribuirá,

³ A “Data de Assunção” corresponde à data de publicação do extrato do contrato no Diário Oficial da União - DOU (peça 65, p. 6, item “xviii”).

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

em reverência ao princípio da modicidade tarifária, para que eventuais ganhos venham a ser compartilhados com os usuários.

A celebração do contrato deve ser precedida, por conseguinte, de ampla publicidade acerca do acervo de bens vinculados à concessão.

A União, convém lembrar, concedeu a construção e a operação da Ferrovia Norte-Sul à Valec por meio dos Decretos 94.176/1987 e 94.813/1987 e da Lei 11.772/2008.

Nessa senda, na condição de concessionária, há longa data, do trecho a ser subconcedido e de detentora de todas as informações relevantes alusivas ao histórico operacional e de investimentos na ferrovia, ninguém melhor do que a Valec para realizar o inventário dos bens que devem lastrear a subconcessão ora em exame.

É exatamente nesse sentido a previsão da Lei 8.987/1995, cuja finalidade é zelar pelo real cumprimento dos objetivos da concessão:

“Art. 31. Incumbe à concessionária:

(...)

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;”

O inventário físico é um instrumento de controle para a verificação dos saldos de estoques e dos equipamentos e materiais permanentes, permitindo, entre outros objetivos, o levantamento da situação dos materiais estocados e dos equipamentos e materiais permanentes em uso, incluídas as suas necessidades de manutenção e reparos, e a verificação de que determinados bens não são necessários.

Como prática de boa gestão, a administração deve inventariar e contabilizar os bens adquiridos, sob pena de distorções patrimoniais, prejuízo às ações de controle e maiores oportunidades de desvios.

No caso concreto, o estoque de bens existente, em quantidade e qualidade, na data da publicação do edital é fator que influencia a atratividade do negócio e que tem reflexo direto na equação econômico-financeira do contrato. O conhecimento desse estoque previamente ao certame permite uma melhor alocação de riscos, considerando que os bens são um ativo determinante em um contrato de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura da malha ferroviária.

A ciência antecipada acerca dos bens patrimoniais é, pois, fator importante para a tomada de decisão do particular de participar ou não da competição.

Os bens da subconcessão têm, assim, estreita relação com a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, serviço este que deve satisfazer as condições, entre outras, de regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atualidade. Somente o conhecimento das reais condições fáticas e jurídicas que formam o cenário que antecede a contratação pode dar ensejo a tratativas razoáveis e a condições justas de pactuação para o Poder Público e para a iniciativa privada.

A ausência da correta e precisa identificação dos bens e das respectivas pendências impacta, via de regra, negativamente, a estimativa dos investimentos a serem efetuados na malha ferroviária, que pode vir a ser super ou subavaliada. No caso, a questão ganha relevância em virtude da necessidade prevista na minuta do edital de o inventário englobar informações acerca da complexa questão da invasão por terceiros.

A missão de elaborar o inventário posteriormente à assinatura do contrato apresenta alto grau de assimetria de informações, com potencial risco moral e problema agente-principal.

Além de sobrecarregar a avença com o risco moral, é absolutamente ilegal e inoportuna a previsão de que o inventário seja feito apenas pela subconcessionária e que esta avalie e aponte os eventuais vícios nos bens da subconcessão, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (item 3.1, “iii” e “vii”, da minuta do contrato). Ilegal, por ser indelegável, e inoportuna, pela ausência de independência e pela potencial presença de conflito de interesse por parte da subconcessionária, em face de seu interesse direto nas operações.

A descrição de todos os ativos a serem transferidos pela Valec à subconcessionária, a exemplo de trilhos, plataformas de embarque/desembarque, pátios de cruzamento e faixas de domínio, é medida indispensável para garantir a segurança jurídica, a isonomia, a vantajosidade da celebração do contrato ora em análise e o interesse público.

Por outro lado, uma vez feito o inventário completo dos bens da concessão por parte da subconcedente, com sua devida publicidade aos licitantes, não caberá à futura subconcessionária qualquer tipo de pleito de reequilíbrio-econômico financeiro da avença fundamentado em vícios, defeitos ou inconformidades nos referidos bens, a não ser que se tratem de vícios comprovadamente ocultos, caso em que se mostra razoável o prazo previsto na minuta contratual, de 365 dias contados da data da assunção (item 3.1, “iii”, “a”, da minuta, e item 1.1 do anexo 5 à minuta contratual – peça 65, pp. 11 e 88), para que a subconcessionária exerça seu direito de reclamação perante a ANTT.

Em face dessas considerações, o Ministério Público de Contas requer ao TCU que **determine à ANTT que se abstenha de publicar o edital da licitação de subconcessão sem que a interveniente subconcedente (no caso, a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.) tenha concluído a quantificação e a qualificação (estado de conservação, operação e especificações técnicas), por meio de inventário:**

a) de todos os bens da ferrovia cuja posse será transferida pela interveniente subconcedente à subconcessionária, incluídos os decorrentes de eventuais investimentos realizados por usuários;

b) das invasões na faixa de domínio anteriores à data de assunção;

c) das invasões por terceiros em bens da subconcessão anteriores à data de assunção.

Propõe-se, ainda, que seja excluída da minuta contratual a possibilidade de a subconcessionária pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de subconcessão em função de vícios, defeitos ou inconformidades que acometam os bens da ferrovia cuja posse lhes foi transferida pela subconcedente, exceto na hipótese de vícios comprovadamente ocultos na data da assunção, caso em que a subconcessionária poderá reclamá-los no prazo de 365 dias contados da data da assunção.

III. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se por que o Tribunal de Contas da União rejeite o primeiro estágio do processo de desestatização (art. 7º, inc. I, da IN/TCU 27/1998), na forma de subconcessão, da infraestrutura da Estrada de Ferro EF-151, no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO e Estrela D’Oeste/SP, denominado Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC), ante a ausência de:

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.

Sucessivamente, caso não acolhida a proposição supra, o Ministério Público de Contas pugna por que o Tribunal adote a seguinte proposta de encaminhamento:

a) cientificar a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que, na análise dos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental destinados a subsidiar a subconcessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul (EF-151), foram encontradas inconsistências e irregularidades, que devem ser ajustadas antes da publicação do edital do leilão;

b) determinar à ANTT, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que se abstenha de publicar o edital de subconcessão da infraestrutura da Estrada de Ferro EF-151, no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO e Estrela D’Oeste/SP, denominado Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC):

b.1) sem adotar a antecedência mínima de 180 (cento e oitenta dias) entre as datas de publicação do edital e de realização do certame, de modo a permitir aos interessados a realização de todas as análises pertinentes à apresentação de suas propostas, incluindo a verificação das condições físicas dos bens, móveis ou imóveis, que compõem o objeto da concessão, o estado atual das obras inconclusas e os passivos ambientais, em respeito aos princípios da isonomia e da eficiência;

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

b.2) sem estabelecer regulamentação prévia, constituída a partir de critérios objetivos, que revele como atuará no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995;

b.3) sem firmar termos aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem, contemplando tanto as cargas relacionadas ao comércio exterior como as voltadas para o mercado doméstico, incluídos os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade operacional, abrangendo todo o período remanescente de cada contrato;

b.4) sem incluir os termos aditivos referidos no item anterior no conjunto de documentos que comporão o edital, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 c/c art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001;

b.5) sem definir, previamente, como irá garantir a efetividade do direito de passagem, em termos de fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais, nos termos do art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001;

b.6) sem efetuar a devida análise técnica e definir as formas mais adequadas de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes na minuta do contrato da subconcessão, tendo em vista que a metodologia de cálculo do Limite de Dispersão Tarifária prevista na minuta do contrato tende a engessar a tabela de tarifa de transporte, com possível desestímulo à eficiência do transporte ferroviário, com base no art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001;

b.7) sem especificar, 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, exceto os comprovadamente ocultos (se reclamados no prazo de 365 dias da data da assunção), 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, nos termos do §2º do art. 26 da Lei 8.987/1995;

b.8) sem promover os ajustes necessários nos valores previstos de *Capex* para a conclusão do lote 4S, na modelagem econômico-financeira e nos demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados na brita para lastro fora das especificações utilizada pela Valec no referido lote, em atenção ao art. 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

b.9) sem incluir informações claras a respeito dos problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, informando aos potenciais licitantes que a subconcessionária se sub-rogará em todas as obrigações da subconcedente, sem direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo que eventuais problemas relacionados à brita possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (*Opex*) ou nos valores previstos de investimentos (*Capex*), de acordo com os princípios da publicidade, da isonomia e da transparência e nos termos do § 2º do art. 26 da Lei 8.987/1995;

b.10) sem promover os ajustes no cálculo da modelagem econômico-financeira relativos à alteração das tarifas de direito de passagem das concessionárias tanto nos custos pelo exercício do direito de passagem quanto nas receitas auferidas pela subconcessionária, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995;

b.11) sem alterar o custo de manutenção da Licença de Operação na modelagem econômico-financeira para o valor indicado no Caderno de Meio Ambiente prévio à audiência pública, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995;

b.12) sem promover os necessários ajustes nas minutas do edital e do contrato a fim de que todas as obrigações relativas aos passivos e condicionantes ambientais sejam sub-rogadas pela subconcessionária, inclusive o plantio compensatório e o pagamento da compensação ambiental;

b.13) sem que a Valec tenha concluído a quantificação e a qualificação (estado de conservação, operação e especificações técnicas), por meio de inventário:

b.13.1) de todos os bens da ferrovia cuja posse será transferida pela interveniente subconcedente à subconcessionária, incluídos os decorrentes de eventuais investimentos realizados por usuários;

b.13.2) das invasões na faixa de domínio anteriores à data de assunção;

b.13.3) das invasões por terceiros em bens da subconcessão anteriores à data de assunção;

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

b.13.4) dos passivos ambientais, o qual terá caráter meramente informativo, tendo em vista a transferência de todas essas obrigações à subconcessionária, consoante previsão contida no subitem b.12;

b.14) sem excluir da minuta contratual a possibilidade de a subconcessionária pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de subconcessão em função de vícios, defeitos ou inconformidades que acometam os bens da ferrovia cuja posse lhes seja transferida pela subconcedente, exceto na hipótese de vícios comprovadamente ocultos na data da assunção, caso em que a subconcessionária poderá reclamá-los no prazo de 365 dias contados da data da assunção;

b.15) sem promover os ajustes nas premissas do projeto e nas minutas de contrato e de edital indicados nos itens anteriores e recalculando o valor da outorga mínima, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995;

c) recomendar à ANTT, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:

c.1) para futuras concessões ferroviárias, avalie, juntamente com a EPL, a consistência, a fidedignidade e a robustez dos dados de importação e exportação de cargas gerados pela base de dados e a metodologia do sistema de informações do Plano Nacional de Logística (PNL), de modo a utilizar na íntegra as matrizes origem-destino geradas pelo sistema do PNL nos estudos de demanda;

c.2) para futuras concessões ferroviárias, avalie a possibilidade de uniformizar a metodologia de projeção de demanda, considerando, em seu arcabouço, método para previsão de indução de demanda em decorrência da entrada em operação da ferrovia;

c.3) além dos estudos para escolha de modelo vertical ou horizontal de exploração de cada ferrovia e para escolha da política a ser observada para o transporte de passageiros para cada ferrovia, avalie também formas de promover o uso das ferrovias por meio do compartilhamento cruzado entre as concessionárias e também por meio dos operadores ferroviários independentes, considerando durante as discussões da Agenda Regulatória a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem;

c.4) promova a discussão dos temas Operações Acessórias e Atividades Alternativas com os interessados e avalie as possíveis alternativas da regulação setorial da prestação desses serviços;

d) enviar cópia da decisão para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, a Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos/SG/PR e a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.;

e) restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia para que prossiga no acompanhamento do presente processo de concessão, nos termos do artigo 7º, incisos II a IV, da Instrução Normativa-TCU 27/1998.

Brasília, em 27 de agosto de 2018.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador