

VOTO

Trata-se de primeiro estágio de acompanhamento de desestatização, na forma de subconcessão, do serviço público associado à exploração 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). O processo foi instruído pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) segundo o rito da Instrução Normativa-TCU 27/1998.

2. A Ferrovia Norte-Sul, cuja construção se iniciou em 1987, foi concebida com o objetivo de estabelecer conexão longitudinal entre diversos polos produtores e infraestruturas de grande capacidade de escoamento de produção, notadamente os portos de Santos/SP e Itaquí/MA, de modo a favorecer a multimodalidade e conectar a malha ferroviária brasileira, dentre outros objetivos.

3. O primeiro trecho da linha férrea, localizado entre as cidades de Açailândia/MA e Porto Nacional/TO, conhecido como Tramo Norte, já foi licitado e está subconcedido à VLI Logística (VLI Multimodal S.A.). O processo de subconcessão desse segmento foi objeto de análise pelo Tribunal e resultou no Acórdão 102/2007-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes.

4. Nesta oportunidade, busca-se outorgar ao mercado privado a exploração do trecho localizado imediatamente ao sul do mencionado Tramo Norte. Vale ressaltar que se trata de subconcessão de exploração, uma vez que o art. 8º da Lei 11.297/2006 outorgou à Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. a titularidade da concessão para construção, uso e gozo da EF-151 entre os municípios de Belém/PA e Panorama/SP.

5. O Tramo Central, ora em análise, compreende dois subtrechos: a) de Porto Nacional/TO a Anápolis/GO, com extensão de 855 km e que já se encontra concluído e autorizado pela ANTT para o transporte ferroviário comercial de cargas; e b) o subtrecho de Ouro Verde de Goiás/GO a Estrela d'Oeste/SP (Extensão Sul), de 682 km, que ainda não foi finalizado e possui contratos de construção vigentes sob responsabilidade da Valec – situação que merecerá tratamento contratual específico.

6. O Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) qualificou o trecho da EF-151 entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP para ser licitado, nos termos da Resolução-CPPI 2/2016. Em seguida, por meio do art. 1º, inc. IX, do Decreto 8.916/2016, o Presidente da República incluiu a ferrovia na lista de empreendimentos a serem implantados por meio de novas parcerias com o setor privado.

7. Nesse contexto, a ANTT elaborou as minutas de edital e de contrato e os estudos técnicos a serem submetidos ao controle social, exigência cumprida por meio da Audiência Pública-ANTT 7/2017. A aprovação do modelo operacional e das condições gerais da outorga do Tramo Central foi realizada pelo Ministro-Substituto dos Transportes, Portos e Aviação Civil por meio do Despacho 12, de 9/3/2018.

8. Os primeiros documentos relativos ao processo de concessão foram protocolados neste Tribunal em 16/3/2018, mas de forma incompleta. A unidade instrutora só considerou plenamente atendida a obrigação de envio das informações exigidas pela IN-TCU 27/1998 em 4/6/2018, após o encaminhamento de complementações imprescindíveis ao exame técnico, conforme narrado no Relatório precedente.

9. A documentação busca atender ao inc. I do art. 7º da Instrução Normativa-TCU 27/1998, segundo o qual o primeiro estágio de desestatização compreende análise de:

- a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

- b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;
- c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

10. Verificou-se que estão previstos investimentos da ordem de R\$ 2,8 bilhões (data-base dezembro/2017) e a subconcessão se dará pelo prazo de 30 anos, sem possibilidade de prorrogação contratual. A licitação será realizada na modalidade leilão, mediante critério de maior valor de outorga, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei 8.987/1995. O leilão permitirá a participação de atores internacionais e será realizado por intermédio da empresa financeira Brasil, Bolsa, Balcão (B3 S.A.), sucessora da Bolsa de Valores de São Paulo.

11. A remuneração da subconcessionária se dará por meio da cobrança e do recebimento da Tarifa de Transporte, da Tarifa de Tráfego Mútuo, da Tarifa de Direito de Passagem, das Atividades Alternativas e das Operações Acessórias. As tarifas principais a serem cobradas pelo transporte de cargas poderão ser livremente negociadas com os usuários, contudo ficam limitadas aos valores de referência estabelecidos pelo Poder Concedente (tarifas-teto).

12. A metodologia empregada na avaliação econômica do projeto foi a do Fluxo de Caixa Descontado (FCD) a preços constantes, descontado a uma taxa de 11,04%, que corresponde ao Custo Médio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital* – WACC). O resultado da modelagem sugeriu **valor mínimo de outorga de R\$ 1.097.042.832,16** (data-base dezembro/2017).

13. Como estratégia de atuação, a SeinfraPortoFerrovia definiu o seguinte escopo de análise:

- 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 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.

14. Por outro lado, ficou delineado como **não** escopo:

- 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 Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA);

f) os instrumentos jurídicos, com exceção dos itens incluídos no escopo (item 12.k *retro*); e

g) o estudo ambiental, com exceção dos passivos ambientais a cargo da Valec.

15. Após exame técnico, a unidade instrutora propõe, em síntese, dar ciência à ANTT de que, dentro do escopo delimitado para a análise, considerando os 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. Para tanto, são formuladas determinações e recomendações que, se acatadas pelo Poder Concedente, permitirão a continuidade do processo de outorga.

16. Divergindo da SeinfraPortoFerrovia, o MPTCU pugna pela rejeição do primeiro estágio deste processo de desestatização, em razão da ausência de: (a) estudos comparativos, quantitativos e qualitativos, que fundamentem o modelo vertical de exploração da ferrovia, confrontando as alternativas de adotar o modelo *Open Access* para a 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.

17. Alternativamente, caso o Tribunal não acolha a proposta de rejeição, o *Parquet* sugere seja expedida ciência à ANTT das inconsistências e irregularidades verificadas, acompanhada de determinações e recomendações similares às da unidade instrutora, porém com ajustes e acréscimos de novos comandos (peça 95).

18. No mérito, acompanho a análise empreendida pela SeinfraPortoFerrovia, conforme transcrito no relatório precedente, razão pela qual incorporo os competentes fundamentos às minhas razões de decidir, no que não contrariarem o presente Voto. Adoto, ainda, algumas propostas formuladas pelo MPTCU, nos casos mencionados ao longo do texto.

19. Além das considerações trazidas pelos partícipes da instrução processual, faço adequações e aprofundamentos de análise que julgo pertinentes, na forma que exponho no Voto.

20. Ênfase que algumas considerações formuladas pela SeinfraPortoFerrovia foram prontamente acolhidas pelo Poder Concedente, conforme destacado no Relatório que antecede esta decisão, e as respectivas alterações já foram efetuadas nos termos dos estudos, do projeto ou dos instrumentos jurídicos, o que dispensou a expedição de determinações ou recomendações específicas nesta ocasião.

21. Por outro lado, considerando que o Tribunal ainda não obteve a confirmação de outro conjunto de modificações em cláusulas e elementos-chave apontados pela SeinfraPortoFerrovia, tais pontos serão invariavelmente analisados quando do acompanhamento de segundo estágio.

22. De todo modo, merece destaque a postura proativa dos órgãos e entidades envolvidos em atuar de forma célere na resposta aos questionamentos e na correção dos apontamentos levantados pela unidade instrutora, saneando parcialmente os autos.

23. Passo a comentar os pontos mais caros ao sucesso do certame e das regras da outorga em exame, sem prejuízo da importância associada aos demais pontos que se encontram fundamentados no Relatório que acompanha esta decisão.

II – DO MODELO DE EXPLORAÇÃO DA FERROVIA

24. Como antecedente lógico à subconcessão em exame, deve-se inicialmente abordar a questão suscitada pelo MPTCU acerca do modelo de exploração desta importante ferrovia de integração nacional.
25. Ao longo de seu arrazoado, o órgão ministerial provoca a reflexão se deve o modelo ser vertical, como o hoje vigente para todas as demais ferrovias do país, em que se promove a concessão da infraestrutura e do direito à sua operacionalização, ou *Open Access* (“acesso aberto”, em tradução livre), isto é, mediante segregação da conservação da infraestrutura física e do serviço de transporte ferroviário a operadores distintos, situação em que haveria livre acesso à infraestrutura a quaisquer operadores de transporte autorizados pela agência reguladora.
26. Trata-se de interessante debate de política pública acerca do melhor modelo de exploração da infraestrutura ferroviária nacional, o qual deve sopesar as vantagens e desvantagens de cada opção, tendo em vista especialmente as imperfeições de mercado.
27. Paralelamente, o Procurador recupera parte das discussões travadas nos últimos anos acerca da tentativa de adoção do modelo *Open Access*, em parte retratada nos Decretos 8.129/2013 (revogado pelo Decreto 8.875/2016) e 8.134/2013, que, respectivamente, instituía a política de livre acesso ao subsistema ferroviário federal (na qual a Valec atuava para o desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário) e dispõe acerca da estrutura da estatal para a execução das atividades de desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário.
28. Diante da avaliação de que, no seu entender, o modelo de exploração ferroviária de acesso aberto traria possíveis ganhos à política pública em relação ao modelo atual, o MPTCU conclui no sentido de que não foram trazidos aos autos estudos que fundamentem a adoção do modelo vertical para a FNSTC.
29. A segunda grande carência do projeto seria a falta de previsão atinente ao transporte de passageiros na Ferrovia Norte-Sul. Defende o *Parquet* que inúmeras experiências de sucesso nesta área em países desenvolvidos deveriam ser suficientes para, no mínimo, suscitar a discussão desta possibilidade na outorga em tela.
30. Aduz 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”*.
31. Por conseguinte, consoante fundamentação integralmente transcrita no Relatório antecedente, o MPTCU propõe rejeitar o primeiro estágio da outorga em exame, 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.
32. Feita esta breve explanação, passo a decidir sobre o ponto.
33. Embora a IN-TCU 27/1998, que rege a processualística deste acompanhamento, não prescreva os motivos que devem conduzir à “rejeição” ou à autorização de continuação de processo de desestatização, perfilho de entendimento mais moderado e adotado pela jurisprudência desta Corte no sentido de que as falhas passíveis de correção devem ser objeto de determinações que, se atendidas, autorizam a continuidade do procedimento.

34. Entendo que a rejeição de processo de desestatização, por este Plenário, só poderia se dar em caso de irregularidade ou falha de modelagem grave e irreparável, que subverta a própria lógica da concessão, ou ainda flagrante ilegalidade ou dano ao interesse público vertente. Localizei dois precedentes similares na jurisprudência da Casa.
35. Por ocasião do Acórdão 581/2003-TCU-Plenário, foram considerados irregulares o primeiro e o segundo estágios da alienação de ações preferenciais da Petrobras, porque foram detectadas **ilegalidades** consubstanciadas na contratação indevida de instituição bancária por inexigibilidade de licitação, em desacordo com os arts. 2º e 25 da Lei de Licitações, e contratação de auditoria externa em desacordo com o art. 22 do Decreto 2.594/1998.
36. Noutra oportunidade, quando do Acórdão 1.281/2015-TCU-Plenário, o Tribunal apreciou primeiro estágio de acompanhamento da outorga do serviço de transporte dutoviário de gás natural, cujo objeto previa a construção e posterior operação, pelo concessionário, do gasoduto Guapimirim-Comperj II. O exame técnico do Tribunal apurou erros significativos de **modelagem**, como a sobreavaliação dos custos de investimento atrelados à mencionada construção e precificação da obra com baixo nível de especificidade dos elementos de projeto (adoção de macroprojeto com significativo nível de abstração). Diante disso, o Tribunal expediu medida cautelar para obstar o prosseguimento do leilão para outorga do gasoduto.
37. Como frisei, nesses casos foram constatadas ilegalidades ou falhas de modelagem econômico-financeira intransponíveis. Ou seja, não havia como prosseguir com as outorgas senão por meio de completa revisão ou correção dos procedimentos até então adotados.
38. No caso em análise nestes autos, não verifico gravidade suficiente para rejeitar o primeiro estágio da subconcessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul. Enxergo a questão sob a perspectiva de que, neste processo de exame de outorga, deve-se verificar apenas se a modelagem do projeto está alinhada à política pública existente, qual seja, o modelo de exploração vertical, adotado em todas as demais concessões desse modal (tendo em vista a revogação do Decreto 8.129/2013). A premissa é de que o Poder Concedente realizou suficiente análise quanto ao modelo de política pública em vigor, sem prejuízo de que o tribunal possa, posteriormente, avaliar a política em outro tipo de ação de controle.
39. É sabido, ainda, que nos últimos anos foram travados diversos debates a respeito dos possíveis ônus e bônus de se realizar a mudança do modelo. Parte deste histórico está retratada no Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário.
40. Compulsando os autos, verifico que a fundamentação para adoção do modelo vertical para a FNSTC foi apresentada após provocação da unidade instrutora sobre o ponto (peça 7), respondida na forma do material de peça 21. Na oportunidade, o Poder Concedente informou, por exemplo, que o modelo *Open Access* requer um quadro institucional complexo, em pleno funcionamento, além de poder aumentar custos operacionais e de transação, gerando outras fontes de ineficiência.
41. A motivação foi ainda fartamente complementada pelo memorial de peça 96, que traz um abrangente diagnóstico da política de transportes ferroviários como fundamento para a adoção do modelo atual.
42. Ora, diante de todo esse contexto, não me parece razoável exigir, neste momento, que se reabra a discussão sobre o modelo de concessões ferroviárias do país para somente após promover a licitação da FNSTC.
43. Saliento que esse posicionamento não significa que eu considere o modelo atual mais adequado do que o de segregação da estrutura, mas sim o reconhecimento de que esta Corte de Contas deve deferência a escolhas regulatórias quando se encontram alinhadas às políticas vigentes, sendo inviável exigir o comparativo dessas com outros modelos a cada projeto de desestatização que venha a ser submetido ao exame desta Corte de Contas.

44. Como dito, tal posicionamento não constitui óbice para que o Tribunal promova trabalhos específicos a fim de examinar a eficiência e efetividade da política vigente, fomentando de maneira mais qualificada essa discussão e, eventualmente subsidiando o Poder Legislativo e o próprio Poder Executivo acerca de eventual transição de modelo de exploração da infraestrutura ferroviária.

45. Já com relação ao transporte de passageiros, embora seja um ideal de futuro distante a ser buscado pelo país, me parece bastante claro que esta não é a vocação da Ferrovia Norte-Sul, pois ela foi projetada para o escoamento de carga. Talvez sequer sejam necessários estudos que demonstrem a inviabilidade comercial de passageiros no trecho, já que não conecta grandes centros urbanos e perpassa, em sua grande maioria, zonas rurais ou desabitadas.

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

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

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

49. Assim como expressei anteriormente neste Voto, tal conclusão não afasta a hipótese de que o Tribunal realize trabalhos específicos sobre a questão do transporte ferroviário de passageiros, fomentando essa discussão e, eventualmente, promovendo subsídios aos Poderes Legislativo e Executivo.

50. Dessa maneira, dissinto do MPTCU com relação à proposta de rejeição do primeiro estágio, por não entender estarem presentes os elementos necessários para tal medida, bem como, no mérito, por entender que, estando a escolha regulatória alinhada à política pública setorial vigente, não deve esta Corte de Contas apreciar o mérito da política pública no âmbito de processo de desestatização.

III – DA CONCLUSÃO DAS OBRAS DO SUBTRECHO SUL

51. No que tange aos apontamentos da SeinfraPortoFerrovia, o primeiro aspecto de relevo diz respeito às obras remanescentes do subtrecho Ouro Verde de Goiás/GO - Estrela d'Oeste/SP (Extensão Sul), de 682 km, necessárias para permitir o transporte de cargas na direção do Porto de Santos (SP).

52. Para finalização do subtrecho, estão previstos os lotes numerados de 1S a 5S, cuja finalização se encontra sob a responsabilidade da empresa estatal Valec. Entretanto, com base na indicação do MTPA, a ANTT modelou a concessão da FNSTC no seguinte formato: os lotes 1S, 1SA, 2S, 3S e 3SA deverão ser finalizados pela própria Valec e os demais (4S, 5S e 5SA) serão concluídos pela futura subconcessionária.

53. Os trechos sob responsabilidade da Valec, segundo informações de março de 2018 do Relatório de Gerenciamento de Obras da estatal, apresentam avanço físico próximo de 90%, com exceção do lote 1SA. O prazo previsto para a conclusão das obras em comento seria setembro de 2018, correspondente à data prevista de finalização do lote 1SA, porém a construtora responsável pelo trecho protocolou junto à Valec pedido de rescisão unilateral do contrato.

54. Atualmente, os trabalhos no lote 1SA estão parados e somente devem reiniciar quando o processo de rescisão estiver concluído, o que traz grande indefinição quanto ao real prazo de entrega das obras.
55. Diante de questionamentos da unidade instrutora a respeito, a Agência informou que, conforme minuta do contrato do processo de subconcessão, o prazo para conclusão das obras a cargo da Valec é de 24 meses após a data de assunção do contrato. Reconheceu, entretanto, a necessidade de promover ajustes na minuta de forma a prover maior clareza e objetividade às obrigações da Valec, em especial aquelas afetas às obras da Extensão Sul.
56. Quanto às dificuldades para conclusão dos trabalhos sob responsabilidade da Valec, a Agência informou que o MTPA manteve a responsabilidade da estatal para conclusão do lote 1S. Diante disso, a ANTT entendeu necessário estender por mais 180 dias o prazo para que a Valec termine as obras. Conseqüentemente, as receitas provenientes da exploração do trecho ferroviário da Extensão Sul serão postergadas e deverão ser ajustadas na planilha da modelagem econômico-financeira, o que culminará em decréscimo do valor de outorga.
57. Em exame do ponto, a SeinfraPortoFerrovia discorda que o prazo informado pela ANTT (24 meses) seja suficiente para conclusão das obras, uma vez que, segundo os instrumentos contratuais, esse interregno, contado a partir da assunção pela futura subconcessionária, se refere à data-limite para início das operações de transporte ferroviário, cuja responsabilidade será da futura subconcessionária.
58. Ocorre que a abertura das operações depende de uma série de procedimentos, tais como: a entrega das obras pela Valec, após a conclusão dos contratos de construção e a emissão dos respectivos termos de recebimento das obras; a conclusão das obras a cargo da subconcessionária; a emissão da Licença de Operação emitida pelo órgão ambiental; a emissão da autorização de tráfego pela ANTT e o recebimento das obras sob responsabilidade da Valec pela subconcessionária.
59. Os atos preparatórios exigem tempo adicional considerável após a conclusão dos trabalhos construtivos e, caso a data prevista para conclusão seja a mesma indicada para o início da operação pela subconcessionária, não haverá tempo hábil para a execução desses procedimentos. Acrescenta-se que a Valec também necessita, afóra concluir a construção, realizar o recebimento adequado das obras, verificando se os requisitos técnicos previstos nos contratos de construção foram cumpridos pela construtora contratada. Esse procedimento demanda apreciável tempo adicional e aumenta o risco de atrasos no recebimento da infraestrutura pela futura subconcessionária.
60. Portanto, a definição contratual de data incompatível com a capacidade de entrega da Valec e sem considerar os procedimentos a cargo da subconcessionária embute risco sensível de postergação das receitas previstas com a operação da Extensão Sul da FNSTC e, conseqüentemente, de prematura necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.
61. Recordo que, sem a conclusão desse lote, não haverá conexão ferroviária entre o Tramo Central e a Malha Paulista, logo as cargas originadas na zona de influência da ferrovia não poderão acessar o Porto de Santos/SP ou eventualmente atender mercados consumidores internos à região Sudeste, impactando negativamente a receita prevista na modelagem econômico-financeira do projeto.
62. A situação agrava outros aspectos da presente outorga que serão tratados adiante, acerca da necessidade de adequada definição prévia dos termos em que se dará o exercício do direito de passagem da subconcessionária da FNSTC perante a malha adjacente rumo ao Porto de Itaqui/MA, monopolizada por outra subconcessionária, pois essa instalação portuária restará como única opção de escoamento de curto prazo.
63. Diante da situação, a SeinfraPortoFerrovia propôs determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS sem adotar data-limite para a conclusão das obras pela Valec que considere 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.

64. Acolho a determinação acima com ajustes, já que a nova data prevista para conclusão das obras pode se sujeitar a novos atrasos e imprevistos, que poderão gerar desequilíbrios econômico-financeiros do contrato. Desse modo, convém que a determinação preveja a inclusão das condições *ex ante* de compensação em caso de atraso na entrega dos lotes em construção, *ex vi* da Lei 8.987/1995, arts. 18, incisos I e VII, e 23, incisos I e V.

65. Ora, sendo razoável a probabilidade de atrasos adicionais de parte da Valec, é imperioso que as condições de compensação financeira sejam estabelecidas *a priori*, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica às partes contratuais, pois são previsíveis e calculáveis, em lugar de se induzir o processamento posterior de reequilíbrio econômico-financeiro.

66. Desse modo, **determino** que a Agência se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNSTC sem adotar data-limite razoável para a conclusão das obras pela Valec, bem como prever mecanismos contratuais de compensação financeira à subconcessionária em caso de ocorrerem atrasos não programados na entrega dos referidos trechos da Extensão Sul, além do prazo definido quando do certame, visto que eventual demora adicional na finalização das obras impactará o início das operações ferroviárias.

67. Aludido prazo deverá considerar obrigatoriamente as etapas indispensáveis para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitar à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e permitir à subconcessionária adotar tempestivamente as medidas preparatórias para o início da operação.

68. Por associação e como segundo ponto de destaque, devo mencionar a problemática atinente ao custo necessário para concluir as obras dos lotes 4S, 5S e 5SA, que foi previsto em R\$ 175.798.429,16 e incluído na modelagem econômica com base nas informações repassadas pelo MTPA à ANTT.

69. Esse valor, previsto no Capex da modelagem econômico-financeira, corresponde ao saldo orçamentário dos contratos de construção que estão sob gestão da estatal, porém são inconsistentes com os custos realmente necessários para a sua conclusão, em razão de problemas identificados no recebimento, pela Valec, de brita fora das especificações utilizada no lastro da via férrea desses lotes.

70. Para o lote 4S, a modelagem prevê que o volume de brita para lastro a executar é de 50.408,29 m³, equivalente a R\$ 2.684.869,35 (data-base dezembro/17). Porém, no âmbito do processo TC 011.450/2016-9 (peças 190 e 196), a Valec informou ao Tribunal ter havido glosa e estorno integral da pedra britada para lastro fornecida, devido a problemas de qualidade do material. Desse modo, após estorno integral da brita pela Valec, o saldo total contratual desse item é, na verdade, de 433.262,95 m³, quantidade bastante discrepante da incluída no Capex.

71. No tocante aos lotes 5S e 5SA, analisados no âmbito do TC 011.451/2016-5, foram identificados problemas de qualidade da brita para lastro semelhantes aos ocorridos no lote 4S, motivo que levou o TCU a adotar medida cautelar para a Valec suspender a utilização do material nesses lotes, por não atender às especificações das normas. Referida medida cautelar está vigente contra a estatal e não afeta a condução da licitação da subconcessão da FNSTC em análise.

72. Assim, enquanto no lote 4S constata-se que a brita fora das especificações da Valec para o lastro ainda não havia sido lançada no traçado, nos lotes 5S e 5SA a brita já foi quase toda lançada e a grade ferroviária (conjunto de trilhos e dormentes) já está montada em cerca de 90% da extensão do trecho. Caso a solução para o problema da brita nesses lotes seja o estorno completo do material, a exemplo do já ocorrido no lote 4S, a ANTT deve considerar também os custos para a desmontagem e

remontagem da superestrutura, bem como as consequências dessa medida no cronograma do empreendimento.

73. Conclui-se, por conseguinte, que os valores previstos no Capex para a conclusão do lote 4S estão subdimensionados, assim como podem estar os valores associados aos lotes 5S e 5SA, a depender da solução contratual a ser dada à questão, com as correspondentes consequências financeiras e de prazo.

74. Se a opção for pela manutenção da estrutura já construída, convém dar publicidade aos problemas de brita para lastro nos lotes em questão e informar aos potenciais licitantes a possibilidade de reflexo na forma de incremento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex). Por outro lado, se ANTT decidir pela substituição da brita de lastro dos lotes em questão, será necessário incluir na modelagem econômico-financeira os investimentos em Capex, conferir maior prazo contratual para a conclusão dos trechos e avaliar as consequências dessa decisão no cronograma de conclusão desse segmento.

75. Somente no que tange às obras de substituição do lastro aplicado nos lotes 5S e 5SA, a Valec estimou que os serviços custarão R\$ 103.289.937,01 e que o prazo para conclusão será de 32 meses. Quanto ao lote 4S, os custos para a troca da brita também são materialmente relevantes.

76. Diante do problema, acolho a proposta de se **determinar** à ANTT que, previamente à publicação do certame da outorga em questão, promova os ajustes necessários nos valores previstos de Capex relativos à 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.

77. Cumpre ainda **determinar** que torne públicos os problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, esclarecendo sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex), ou, alternativamente, promova os ajustes necessários nas obrigações, nos prazos e valores previstos de Capex para conclusão/correção desses lotes pela subconcessionária, na modelagem econômico-financeira e demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados em relação à brita para lastro fora das especificações.

78. Outrossim, em atenção à decisão da ANTT de endereçar à futura subconcessionária a responsabilidade pela manutenção e, se assim decidir, correção dos problemas de brita para lastro fora das especificações dos trechos 4S, 5S e 5SA, é preciso incluir **determinação** para que, após detido estudo do problema, inclua e atribua à subconcessionária, na minuta contratual, os riscos associados à manutenção/correção dos trechos com brita aquém das especificações ou à substituição do material fora dos padrões, a qual deve constituir exceção à cláusula 27.2.h da minuta contratual, abaixo referida:

“27 Alocação de Riscos

(...)

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

(...)

(h) defeitos em quaisquer obras realizadas pelo Poder Público na Ferrovia ou em qualquer ligação a ele;”

79. As duas determinações acima serão complementadas pela análise e encaminhamento abordados no tópico IV deste Voto, que versa sobre os riscos no processo de assunção da infraestrutura.

80. Pelos motivos acima expostos, é de se perceber que compartilho da análise de riscos consignada no Parecer do MPTCU, porém deixo de acolher a proposta de se determinar a adoção de solução regulatória diversa da prevista.

81. Ao examinar todo o contexto das obras pendentes de conclusão na Extensão Sul, o MPTCU trouxe nova perspectiva sobre o tema, a qual, pela precisão com que o aborda, passo a transcrever, mantidos os destaques do original (peça 95, p. 23-26):

“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).

(...)

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.

(...)

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).

(...)

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.

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 sub-rogar-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.”

82. É notório que o contexto do setor ferroviário brasileiro é demasiado complexo e os contornos contratuais previstos não resolvem os problemas que costumeiramente se repetem em contratos de concessão: pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro por descumprimento de obrigações, inexecução de obrigações dos concessionários, baixo índice de cumprimento de parâmetros e metas operacionais e deficiências de regulação.

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

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

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

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

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

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

89. Por conseguinte, as opções adotadas pelo Poder Concedente dentro de seu espaço de discricionariedade estão razoavelmente fundamentadas, e devem ser respeitadas, sem prejuízo de se adotar a possível solução aventada pelo *Parquet* na forma de **recomendação** à Agência para, se julgar

conveniente e oportuno tal encaminhamento, especifique, no edital de licitação e na minuta de contrato, que a subconcessionária se sub-rogará em todas as obrigações da subconcedente em relação às obras, concluídas ou inconclusas, inclusive quanto à obrigação de sanar eventuais vícios ou defeitos, excetuando-se os comprovadamente ocultos na data da assunção que tenham sido objeto de reclamação no prazo estipulado, que as tornem impróprias ao uso a que são destinadas, ou lhes diminuam o valor, abstendo-se de reivindicar indenizações ou reclamar abatimento no valor de outorga sob esse fundamento.

IV – DA ALOCAÇÃO DE RISCOS DO EMPREENDIMENTO

90. O terceiro aspecto de atenção reside na sistemática de alocação de riscos entre subconcessionária e Poder Concedente, delineada nas cláusulas do item 27 da minuta de contrato. A unidade instrutora constatou que determinados dispositivos são conflitantes entre si, o que pode causar insegurança jurídica em caso de possíveis eventos futuros incertos (riscos) com impacto no equilíbrio econômico-financeiro da subconcessão.

91. Os dispositivos se referem às responsabilidades por: a) passivos ambientais causados pela Valec e invasões de faixa de domínio ocorridas anteriormente à data de assunção do contrato pela subconcessionária; e b) conserto de defeitos construtivos.

92. Nos casos de passivos ambientais anteriores à assunção da futura operadora, a minuta contratual remete à Valec (interveniente subconcedente) os riscos associados, bem como a responsabilidade pela regularização, o ônus e as despesas relacionadas (destaquei):

“5.1.v. Excetuam-se das obrigações da Subconcessionária dispostas nesta Cláusula as áreas e imóveis localizados no traçado da Ferrovia e na faixa de domínio **cuja situação fundiária esteja irregular na Data de Assunção**, bem como aquelas que são objeto de processos judiciais de desapropriação em andamento, **as quais são de responsabilidade da Interveniente Subconcedente**.

(...)

5.2.iii. As ocupações na faixa de domínio **anteriores à Data de Assunção** são de **responsabilidade da Interveniente Subconcedente**, devendo esta promover as medidas necessárias, inclusive as de cunho judicial, visando à proteção dos Bens da Subconcessão.

(...)

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

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

(...)

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

(ee) comunicar, no menor prazo possível, à ANTT, a existência de passivos ambientais descobertos após a celebração deste Contrato, **recaindo sobre a Interveniente Subconcedente a responsabilidade pela regularização**, assim como pelos ônus e despesas relacionados, **daqueles cujo fato gerador seja anterior à Data de Assunção.**”

93. Por outro lado, a mesma minuta estabelece que tanto os passivos ambientais quanto as invasões da faixa de domínio **anteriores à data de assunção** serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da subconcessionária, o que é contraditório com o dispositivo acima mencionado (destaquei):

“3.1.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.”

94. 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 (Valec) regularizar a situação, arcando com todas as despesas, ao mesmo tempo em que a subconcessionária poderá fazer jus a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em seu favor.

95. A SeinfraPortoFerrovia propôs recomendar à ANTT que adeque o item 3.1.ix da minuta de contrato ao disposto nos itens 5.1.v, 5.2.iii, 12.2.ii.h e 12.3.ii.ee, cujo conteúdo foi acima mencionado, de forma a deixar clara a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária se a interveniente subconcedente (Valec) não cumprir com as suas obrigações contratuais.

96. De forma semelhante, a unidade instrutora identificou possível conflito entre as cláusulas 3.1.iii.d e 27.1.c, no que tange às responsabilidades pela correção de defeitos construtivos e às hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (destaquei):

“3.1 Composição

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

(...)

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

97. Já os itens 27.1.c e 27.2.h definem o seguinte:

“27 Alocação de Riscos

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

(c) os vícios em bens a ela transferidos em razão da Subconcessão e **que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente, nos termos da subcláusula 3.1 (iii).**

(...)

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

(h) defeitos em quaisquer obras realizadas pelo Poder Público na Ferrovia ou em qualquer ligação a ele;”

98. Da mesma forma, a unidade instrutora propõe recomendar que a ANTT 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 forem objeto de reclamação perante o Poder Concedente sejam devidamente alocados à subconcessionária.

99. Como se verifica, as aludidas cláusulas contratuais guardam certa incoerência e merecem reparo de parte deste Tribunal. Destaco que não se reavalia a matriz de alocação de riscos definida pela Agência ou se referenda a opção adotada. A questão é que, uma vez que o Poder Concedente decidiu pelo modelo, suas cláusulas devem guardar coerência entre si.

100. Assim, cumpre aperfeiçoar a primeira regra para esclarecer que não poderá haver reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para passivos ambientais e invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária (interpretação mais provável), ou outra solução regulatória aplicável, isto é, de que forma seria cabível eventual reequilíbrio econômico-financeiro diante de eventos cuja responsabilidade não recairá sobre a subconcessionária.

101. Portanto, em linha com o acima exposto, cumpre **determinar** à ANTT, tendo em vista o que dispõe o art. 23, inciso V, da Lei 8.987/1995, e o princípio da segurança jurídica, que adequue o item 3.1.ix da minuta de contrato ao disposto nos itens 5.1.v, 5.2.iii, 12.2.ii.h e 12.3.ii.ee, de forma que guardem coerência entre si, esclarecendo que não poderá haver reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária, ou outra solução regulatória aplicável.

102. Com relação à cláusula 27.2.h, a unidade instrutora propõe recomendar que a ANTT a adequue 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 forem objeto de reclamação perante o Poder Concedente sejam devidamente alocados à subconcessionária.

103. Entendo despidendo emitir a recomendação em tela, visto que a cláusula 27.1.c já se dirige à subconcessionária, atribuindo-lhe responsabilidade pelos eventos de risco mencionados caso não reclamados no prazo estabelecido. Ademais, leitura conjunta com a cláusula 3.1.iii.d encerra o problema, ao definir que a subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com relação às inconformidades técnicas e aos vícios ocultos reclamados fora do mesmo prazo, estipulado na subcláusula 3.1.iii.a.

104. Afora ajustes redacionais, o melhor possível encaminhamento para esse problema passa novamente pela solução sugerida pelo MPTCU.

105. No que tange aos riscos por passivos ambientais, o *Parquet* faz um exame mais amplo diante das diversas incertezas e complicações contratuais derivadas da assunção de responsabilidades dessa natureza, especialmente em casos nos quais a data de ocorrência é incerta, pois muitas vezes decorrem de eventos naturais. O representante do MPTCU contextualiza a questão com casos verificados em outros processos e decisões deste Tribunal.

106. De acordo com os competentes fundamentos de seu Parecer, o qual transcrevo em sua inteireza em razão da relevância do assunto (peça 95, p. 27-30):

“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 norteada 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 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.’

Cumprir 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:

(...)

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.**”

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

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

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

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

111. Sabe-se que a missão constitucional deste TCU transita pela convergência de atos e contratos aos estritos ditames da lei. Sempre que a norma prescreve a forma de agir e os requisitos exigíveis, o Tribunal determina seu cumprimento. Por outro lado, ao perscrutar a eficiência e a efetividade, em geral recomenda a adoção de melhores práticas.

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

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

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

115. Considerando que veio aos autos a notícia da existência de rol de desconformidades já catalogados pela Valec, em sintonia com o princípio da transparência sobre a questão e à luz do disposto na Lei 8.987/1995, art. 18, incs. II, XI e XV, cumpre **determinar** à Agência que dê publicidade ao rol de passivos ambientais e invasões de faixa de domínio já catalogados ou de conhecimento da interveniente subconcedente (Valec) e da Agência, esclarecendo, por meio de regra editalícia e contratual, sobre a possibilidade de que tais problemas possam se refletir na operação da subconcessionária.

116. A racionalidade dessas orientações decorre da necessidade de se buscar maior objetividade na formulação das cláusulas contratuais quando envolvem riscos de impactos futuros incertos. Frequentemente, o Tribunal tem constatado os efeitos perversos de infundáveis discussões acerca de obrigações contratuais mal delimitadas no momento de formulação do contrato.

117. Com as medidas propostas, busca-se evitar imbróglis contratuais por meio do estabelecimento de regras claras e objetivas desde o edital. Ademais, ao dar publicidade e transparência às questões, o Poder Público permite que os potenciais licitantes considerem os passivos e desconformidades já conhecidos em suas propostas.

118. Prosseguindo no exame, apesar de não abordado pela unidade instrutora ou pelo MPTCU, acrescento considerações acerca de outro dispositivo da matriz de riscos, que atribui obrigações ao Poder Concedente e isenta a subconcessionária dos impactos oriundos de determinados eventos (destaquei):

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

(...)

(b) decisão arbitral, judicial ou administrativa ou **qualquer ação que imponha à Subconcessionária qualquer restrição operacional**, exceto nos casos em que a Subconcessionária tenha dado causa à sua materialização;”

119. De imediato se observa que a redação da regra é incrivelmente abrangente, sendo possível interpretar que as consequências de qualquer “ação”, independentemente de sua fonte ou origem, até mesmo privada, que imponha qualquer espécie de restrição operacional, deverá ser suportada pelo Poder Concedente e acarretará reequilíbrio econômico-financeiro em favor da futura operadora da malha.

120. Esta regra me soa absolutamente incoerente com a repartição de riscos entre os agentes público e privado, isto é, com os objetivos legais da concessão de serviço público. Ora, é sabido que qualquer atividade empresarial está sujeita ao dinamismo de mercado, que inclui mudanças de regramento pontuais ou mesmo abrangentes que de alguma forma possam impor restrição operacional.

121. No caso do setor ferroviário, poder-se-ia imaginar: restrições de tráfego em determinados horários por imposição municipal ou regional, acidentes de origem puramente privada, estabelecimento de regras de transporte que, direta ou indiretamente, restrinjam a capacidade de carga, evoluções e involuções advindas de disposições de segurança ferroviária com impacto sobre a capacidade operacional, assim como restrições decorrentes do exercício do direito de passagem ou tráfego mútuo por concessionárias adjacentes – problema já tratado neste Voto e que, logicamente, não será causado pela subconcessionária da FNSTC.

122. Ora, são tantos os riscos puramente empresariais derivados de ações privadas, administrativas ou judiciais que imponham qualquer tipo de restrição operacional, que se torna concretamente desarrazoado impor toda a responsabilidade ao Poder Concedente. Seria o mesmo que admitir o Poder Público como sócio dos riscos empresariais, o que obviamente não é objetivo de uma concessão de serviço público.

123. Por outro lado, entendo que, embora mal redigido, o dispositivo busca resguardar o subconcessionário em relação a restrições supervenientes a que não tenha dado causa, de magnitude representativa, que desequilbrem a avença inicialmente pactuada e que, especialmente, advenham de eventos atinentes à **álea econômica extraordinária**.

124. Há que se sopesar essa situação com a necessidade de atribuir ao particular a responsabilidade por suportar a álea ordinária empresarial, o puro risco do negócio, por ser indissociável da atividade empresária e alheia ao setor público.

125. Veja-se que a Lei 8.666/1993, aplicável às licitações e aos contratos para concessão de serviços públicos por força de seu art. 124, ao tratar sobre reequilíbrio econômico-financeiro, assim dispõe:

“Art. 65. **Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados**, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, **na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado**, ou, ainda, **em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe**, configurando **álea econômica extraordinária e extracontratual**.”

126. Fica claro, portanto, que o risco não atribuível ao contratado é aquele que, genericamente, está **fora da capacidade típica de previsão ou gestão do particular e/ou configura álea econômica extraordinária e extracontratual**.

127. Ainda que o conceito traga luz sobre a matéria, reconheço que em muitos casos é difícil discernir sobre o que seria álea contratual ou extracontratual, configurando linha tênue e subjetiva entre os dois campos jurídicos.

128. Para mitigar riscos e dubiedades dessa natureza e separar de forma objetiva as responsabilidades contratuais de cada parte, é preciso aperfeiçoar a redação da regra, tornando-a mais clara, previsível, justa e eficiente, à luz dos princípios regentes da Administração Pública, amoldando-a ao disposto art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993.

129. Em outros setores de infraestrutura, tem se tornado praxe a definição mais precisa de eventos dessa natureza e que indicam justeza de se promover o reequilíbrio econômico-financeiro, atribuindo-se o respectivo risco ao Poder Concedente.

130. No domínio aeroportuário, por exemplo, a repartição de riscos foi recentemente aperfeiçoada nesse sentido, conforme minuta de “Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos Integrantes dos Blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste”, da Agência Nacional de Aviação Civil, disponibilizada em seu sítio na internet como subsídios à Audiência Pública 11/2018 (disponível em: <http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias-encerradas/audiencias-publicas-encerradas-de-2018>. Acesso em 2/8/2018), com grifos meus:

“Seção I – Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem **riscos suportados pelo Poder Concedente**, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, **desde que impliquem alteração relevante de custos ou receitas da Concessionária, nos termos do item 6.24 deste contrato**:

(...)

5.2.3. **impedimento ou redução do processamento de passageiros, aeronaves ou cargas** no aeroporto decorrentes de ação imprevista ou de omissão de órgãos públicos, exceto se decorrente da fato imputável à Concessionária.

(...)

5.2.8. ocorrência de eventos de **força maior ou caso fortuito**, **exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras**, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento.”

131. O condicionante a que alude o subitem 5.2 da minuta contratual (item 6.24) trata da necessidade de que o impacto dos eventos de risco mencionados seja maior que um determinado

patamar de relevância financeira, abaixo do qual o risco é contratualmente atribuído ao concessionário aeroportuário:

“Seção IV - Da Revisão Extraordinária

6.24. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no CAPÍTULO V – Seção I do Contrato, **desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária, nos termos descritos nos itens a seguir:**

6.24.1. Para efeitos do disposto no *caput*, **será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média da Concessão referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.**

(...)

6.24.3. Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, **considera-se o percentual a que se refere o item 6.24.1 para cada evento de forma isolada.**”

132. Ou seja, além de a repartição de riscos ser muito mais objetiva, é preciso que o impacto dos eventos alcance um piso de relevância econômico-financeira de 1% frente às receitas do operador aeroportuário para poder ser admitido para fins de reequilíbrio contratual, não sendo possível somar eventos isolados para atingimento do patamar mínimo.

133. Em tese, me parece uma regra saudável e justa, dados os custos administrativos de processamento de pedidos de reequilíbrio, além da impossibilidade de se prever uma série de eventos pulverizados que podem ter impacto positivo ou negativo na operação do serviço público outorgado, especialmente os de origem mercadológica, tecnológica ou outros tantos de ordem estritamente privada.

134. Ademais, a regra em comento impõe que o evento cause **impedimento ou redução efetiva do processamento de passageiros, aeronaves ou cargas** no aeroporto, no caso de ações imprevistas ou de omissão de órgãos públicos, exceto se decorrente de fato imputável à concessionária.

135. Trata-se de detalhe importante, pois a redução na capacidade de geração de receitas é que deve ser observada, eis que impacta diretamente o particular, e não a mera restrição da capacidade instalada. Deve-se ponderar na situação a ociosidade das instalações, já que nem toda restrição de capacidade operacional significa redução efetiva de operações, pois o evento pode incidir de forma a reduzir a capacidade operacional não utilizada, isto é, capacidade instalada ociosa.

136. Outra possibilidade diferente do estabelecimento de patamar mínimo de impacto financeiro sobre a receita, acima mencionada, é o estabelecimento de bandas de variação na restrição ou ampliação operacional, como utilizado em algumas concessões de âmbito estadual. Assim, quaisquer eventos que impactem negativa ou positivamente a capacidade instalada em até determinado percentual devem ser considerados riscos do particular, associados ao negócio, e qualquer evento cujo impacto ultrapasse a banda percentual estabelecida ensejaria recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

137. Veja-se que a própria Agência Nacional de Transportes Terrestres adota modelo mais objetivo nas concessões rodoviárias. Ao recentemente apreciar o processo de acompanhamento do primeiro estágio de desestatização da Rodovia de Integração do Sul (Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário), de minha relatoria, observei que a minuta daquele contrato estabelece, em situação muito semelhante, o seguinte (TC 028.343/2017-4, peça 17, com destaques meus):

“**20.2 O Poder Concedente é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão:**

(...)

20.2.2 decisão arbitral, judicial ou administrativa **que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato**, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;

(...)

20.2.4 **caso fortuito ou força maior, desde que o fato gerador não seja segurável no Brasil, no momento da contratação/renovação da apólice por, no mínimo, duas seguradoras;**”

138. Novamente, não é qualquer fato de origem arbitral, judicial, administrativa ou privada que se prestará a transferir ao Poder Concedente a responsabilidade. De forma semelhante ao setor aeroportuário, é preciso que o evento gere impacto relevante na receita da concessionária, hipótese caracterizada, no caso concreto, como impedimento ou impossibilidade de cobrança de Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la.

139. Outra modalidade de risco atribuído ao Poder Concedente advém da ocorrência de caso fortuito ou força maior, à luz do disposto no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, que por si só considera eventos muito mais restritos que “qualquer ação que imponha à Subconcessionária qualquer restrição operacional” (redação adotada na minuta de contrato da FNSTC), e, ademais, desde que tais eventos não sejam seguráveis nas condições referidas, hipótese em que o risco se transfere ao mercado securitário e, obviamente, a situação é precificada na proposta do licitante vencedor.

140. Ao fim e ao cabo, o que se busca demonstrar é que a alocação de risco em tela (subitem 27.2.b da minuta contratual), tal como posta, sobrecarrega desproporcionalmente a responsabilidade do Poder Concedente e lhe atribui o encargo de avaliar, processar, celebrar e arcar com os custos contratuais e administrativos de reequilíbrios econômico-financeiros decorrentes de “qualquer ação que imponha à Subconcessionária **qualquer restrição operacional**”, o que, evidentemente, não é o espírito da Lei 8.666/1993, aplicável às concessões de serviços públicos.

141. Tal redação tampouco está adequada aos objetivos da concessão de serviço público *lato sensu*, a qual pressupõe que a delegação da prestação do serviço deve ser feita à pessoa jurídica que demonstre capacidade de desempenho da atividade por sua conta e risco (Lei 8.987/1995, art. 2º, inc. II).

142. Portanto, em respeito à repartição de riscos definida pelo Poder Concedente e delineada na minuta contratual, não se trata de determinar sua modificação, mas seu aperfeiçoamento à luz do arcabouço jurídico e da clareza redacional, tendo em vista a necessidade de conferir razoável segurança jurídica para ambas as partes. Alternativamente, poderá a ANTT apresentar fundamentos suficientes e sindicáveis que justifiquem o intento da cláusula 27.2.b da minuta do contrato da forma como está redigida.

143. Assim, **determino** à ANTT que adeque o item 27.2.b da minuta de contrato ao disposto ao disposto art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, c/c Lei 8.987/1995, art. 2º, inciso II, de forma a delimitar por meio de critérios objetivos a responsabilidade contratual do Poder Concedente em casos de eventos atinentes à álea econômica extraordinária, considerados apenas os relativos a fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, oriundos de força maior, caso fortuito e fato do príncipe, ou, alternativamente, apresente a este Tribunal os fundamentos técnicos e jurídicos que justifiquem a manutenção da redação atual da cláusula 27.2.b da minuta de contrato.

V – DOS RISCOS NO PROCESSO DE ASSUNÇÃO DA INFRAESTRUTURA

144. Nesta seção, passo a abordar dois pontos não tratados pela SeinfraPortoFerrovia, mas que reclamam providências em razão da experiência adquirida em concessões anteriores retratadas na jurisprudência da Casa.

145. A primeira questão refere-se ao processo de levantamento dos bens da subconcessão, caracterizados como reversíveis, isto é, considerados indispensáveis à continuidade da prestação dos serviços relacionados à subconcessão e que serão revertidos à União ao término do contrato.

146. Conforme leciona Floriano de Azevedo Marques Neto (Bens Públicos: Função Social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 170):

“De antemão, sabe-se que o domínio destes bens está condicionado à continuidade da prestação do serviço por seu titular. Extinta a delegação, é dizer, cessada a validade do título autorizador da prestação, o bem não mais pertencerá ao delegatário. Não por punição, mas por terem sido seus custos amortizados ou mesmo por ter sido o bem originalmente de propriedade do poder concedente. Assim será pelo fato de que, no caso dos bens reversíveis, a afetação é predominante sobre a titularidade.”

147. O processo de catalogação dos bens da subconcessão, que incluem os reversíveis cuja posse é transferida pela interveniente subconcedente (Valec), está assim definido na minuta contratual (peça 65, grifei):

“3 Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(...)

(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.

(...)

(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.”

148. Ou seja, a minuta contratual atribui à futura subconcessionária o direito e a obrigação de realizar o levantamento de todos os bens da subconcessão, **inclusive os reversíveis**, o que de plano traz grande potencial de conflito de interesses entre o Poder Concedente e a contratada, no ato de inventariar e avaliar os bens da subconcessão quanto ao valor e estado em que se encontram. Em outras palavras, remeter ao particular a atribuição de realizar esta aferição é delegar a quantificação dos bens e valores públicos envolvidos.

149. Não é preciso ir muito adiante para constatar o potencial risco moral (do inglês *moral hazard*) derivado da assimetria informacional em prejuízo da União (que, ao que tudo indica, ainda não definiu o estoque de bens reversíveis) e em favor da subconcessionária.

150. Ademais, o arranjo contratual pode gerar conflito agente-principal, pois o interessado na melhor avaliação dos bens reversíveis (União, na condição de principal) previu delegar a tarefa para o subconcessionário (agente), que pode agir conforme seus próprios interesses, diversos dos objetivos da União.

151. Como experiência pretérita, rememoro que, quando das concessões do setor de telefonia no final da década de 1990 (privatização das empresas do Sistema Telebrás), não houve avaliação específica nem pagamento do valor patrimonial dos bens empregados no serviço, já que a precificação

se baseou no fluxo de caixa e na geração de receitas futuras das empresas (v.g. Voto condutor do Acórdão 3.311/2015-TCU-Plenário).

152. Nos contratos firmados à época, apesar de haver previsão de arrolamento dos bens, na prática ocorreu que os documentos trouxeram apenas uma relação de categorias de bens, de forma bastante generalista, sem defini-los. Por ocasião do Acórdão 2.468/2010-TCU-Plenário, o Tribunal já havia apontado as dificuldades enfrentadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para disponibilizar informações básicas sobre o controle de bens reversíveis.

153. Ao tratar do setor de telecomunicações, menciono apenas as decisões acima para não me delongar sobre o tema, que é de conhecimento público. Vale destacar, porém, que o resultado da falta de especificação dos bens reversíveis à época das concessões levou à situação de fragilidade na determinação do rol de bens reversíveis e à confusão patrimonial entre bens do acervo das concessionárias e bens da União, sem falar nos problemas decorrentes de alienação de ativos sem haver a certeza da reversibilidade ou não, os decorrentes da obsolescência, dentre outros.

154. Problemas semelhantes também foram observados, por exemplo, no setor elétrico, conforme retratado nos Acórdãos 3.012/2011, 1.042/2012, 3.149/2012 e 676/2013, todos do Plenário desta Casa.

155. Curioso notar que a própria ANTT, ao elaborar contratos de concessão rodoviária, adota postura mais cuidadosa, de forma semelhante à tratada anteriormente neste Voto a respeito da repartição de riscos atinentes à álea econômica extraordinária.

156. A partir do já mencionado processo de acompanhamento do primeiro estágio de desestatização da Rodovia de Integração do Sul (Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário), de minha Relatoria, observei que a minuta de contrato estabeleceu, em situação semelhante, o seguinte (TC 028.343/2017-4, peça 17, com destaques meus):

“4 Bens da Concessão

4.1 Composição

4.1.1 Integram a Concessão os **Bens da Concessão** a seguir indicados, cuja posse, guarda, manutenção e vigilância são de responsabilidade da Concessionária:

(i) o Sistema Rodoviário, conforme alterado durante o Prazo da Concessão, de acordo com os termos do Contrato;

(ii) todos os bens vinculados à operação e manutenção do Sistema Rodoviário:

(a) transferidos à Concessionária, conforme listados no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens; e

(b) adquiridos, arrendados ou locados pela Concessionária, ao longo do Prazo da Concessão, que sejam utilizados na operação e manutenção do Sistema Rodoviário.

4.2 Assunção do Sistema Rodoviário

4.2.1 O Sistema Rodoviário e os bens mencionados na subcláusula 4.1.1(ii)(a) serão transferidos à Concessionária mediante a assinatura de Termo de Arrolamento e Transferência de Bens entre a Concessionária, o DNIT e a ANTT, cujo modelo integra o Anexo 1.

(i) O Termo de Arrolamento e Transferência de Bens:

(a) deve ser firmado em 30 (trinta) dias a contar da publicação do extrato do Contrato no DOU.

(...)

4.2.3 A Concessionária declara ter conhecimento da natureza e das condições dos Bens da Concessão que lhe serão transferidos pela União na Data da Assunção.

157. A minuta contratual trazia modelo de anexo em que as partes firmam o termo de arrolamento e transferência de bens **devidamente arrolados (individualizados)**.

158. Naturalmente, o nível de detalhe do levantamento de bens reversíveis deve guardar correspondência com a complexidade patrimonial e a padronização do acervo que se transfere. A leitura das peças dos autos indica que ficará a cargo da subconcessionária a implantação de equipamentos operacionais (sinalização, redes de telecomunicações, terminais, postos de abastecimento e oficinas, por exemplo), logo depreende-se que a infraestrutura transferida será basicamente a linha férrea (padronizada) e, não menos importante, obras de arte especiais (pontes, viadutos, túneis, passagens de nível e outros ao longo do traçado) construídas pela Valec, conjunto considerado indispensável à continuidade da prestação dos serviços de transporte ferroviário.

159. Novamente, como não se detém o rol de bens reversíveis a serem transferidos, não é possível firmar certeza a respeito, limitando-se tal conclusão à lógica dos elementos juntados aos autos.

160. Se a premissa de que os bens reversíveis indispensáveis à prestação do serviço, neste caso, são constituídos por linha férrea e obras de arte especiais (o que por ora é apenas uma inferência), uma **possibilidade** de levantamento a fim de bem caracterizá-los seria realizar verificação com carro-controle, ou equipamento equivalente, das especificações técnicas de todos os trechos com superestrutura concluída, e registro com imagens georreferenciadas de adequada resolução de todo o trecho a ser subconcedido, incluindo a faixa de domínio da ferrovia, com o objetivo de verificar as condições de entrega dos trechos, além de proporcionar um registro preciso da ferrovia antes de sua assunção pela subconcessionária (conforme proposta contida na auditoria objeto do TC 012.500/2018-6, ainda não apreciado pelo Plenário).

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

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

163. Ante o exposto, deve-se **determinar** à Valec que, como condição à celebração do contrato de subconcessão e à assunção da subconcessão em tela, realize o levantamento e avaliação mínima, em termos de especificações técnicas, estado de conservação e operação e eventuais desconformidades, do conjunto de bens reversíveis a serem transferidos à futura subconcessionária, em nível de detalhe adequado à complexidade e padronização dos bens que serão transferidos, fazendo com que o levantamento conste no contrato ou em seus anexos, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência (Lei 9.784/1999, art. 2º, *caput*), c/c art. 2º, inc. II, da mesma Lei, e à luz das competências que lhe são dirigidas pela Lei 10.233/2001, art. 20, inc. II, alínea “b”, art. 24, incs. VIII e X, art. 25, incs. III e IV, art. 34-A, § 2º, inc. I, e art. 35, inc. I.

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

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

166. Ademais, dissinto da consideração colocada pelo MPTCU (peça 95, p. 31-34), no sentido de que o levantamento acima referido incluía a precisa delimitação das invasões na faixa de domínio

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

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

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

169. Associada a essa temática, exsurge mais uma situação que deve ser tratada pela ANTT previamente à assinatura do contrato e à assunção do objeto pela futura subconcessionária. Trata-se da situação da **qualidade da infraestrutura ferroviária** construída e, no caso de alguns lotes da Extensão Sul, ainda em obras, mas com problemas já conhecidos deste Tribunal e de outros agentes do setor, inclusive a própria ANTT e a Valec.

170. Além do levantamento do acervo patrimonial reversível preexistente, é imprescindível que os passivos construtivos, ambientais e as inconformidades técnicas já conhecidas sejam explicitadas no edital e nos instrumentos contratuais, porque notadamente não se trata de vícios ocultos.

171. Busca-se evitar quaisquer alegações futuras de desconhecimento dessas pendências, as quais têm potencial de gerar pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro com grande assimetria informacional. Um exemplo já foi mencionado neste Voto e trata da situação da brita fora das especificações nos lotes 5S e 5SA.

172. Há, no entanto, diversos outros os casos de desconformidade técnica já identificados em fiscalizações deste Tribunal sobre as obras da Ferrovia Norte-Sul, os quais retratam a existência de risco de engenharia nos trechos a serem transferidos à exploração privada, a exemplo dos tratados nos Acórdãos: 222/2018, 2.313/2015, 673/2013, 754/2013, 1.103/2013, 2.174/2013, 1.978/2012 e 2.433/2011, todos do Plenário do TCU.

173. Novamente, a experiência de concessões federais em diversos segmentos nos mostra que a transferência de infraestruturas aos particulares sem o conhecimento e publicidade de eventuais passivos construtivos e ambientais tem levado a desequilíbrios nas avenças e, conseqüentemente, a constantes pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro que trazem, consigo, os riscos materiais e contratuais de praxe.

174. Um exemplo é a situação por vezes verificada no setor rodoviário, quando a União realiza a concessão de trechos com obras em andamento pelo Departamento de Infraestrutura de Transportes (Dnit). À semelhança da FNSTC, são situações em que uma parte da infraestrutura está pronta e outra está em construção e será entregue ao futuro delegatário.

175. Muito frequentemente, defeitos construtivos identificados quando do recebimento das obras pelo concessionário ensejam substanciais pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro com a finalidade de adequar as novas obras aos padrões de qualidade do contrato de concessão, os quais não se submetem a qualquer processo competitivo e não raro distorcem o objeto inicialmente licitado e os ganhos oriundos do processo competitivo.

176. A Lei 8.987/1995 dispõe, em seu art. 18, que o edital de licitação observará as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente (grifei):

“II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

(...)

VII - os direitos e **obrigações** do poder concedente e **da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do**

serviço;

(...)

XI - as características dos bens reversíveis e as **condições em que estes serão postos à disposição**, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

(...)

XV - **nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização**, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;”

177. Ainda que tais dispositivos legais não se enquadrem perfeitamente no caso em tela, a leitura integrada deles evidencia a inegável intenção do legislador de que o edital e, conseqüentemente, o contrato, deverão dar publicidade: (i) às condições necessárias à prestação adequada do serviço; (ii) às obrigações da concessionária sobre alterações futuras na infraestrutura; (iii) às condições em que os bens reversíveis (dentre os quais os trechos construídos sob a gestão da Valec) serão postos à disposição do subconcessionário que os explorará; e (iv) os dados relativos à obra que eventualmente precederão à concessão e que, naturalmente, são indissociáveis de seu objeto, de forma a permitir sua plena caracterização.

178. É sabido que esses segmentos padecem de defeitos construtivos e passivos ambientais de conhecimento da Valec e da ANTT, ao menos os explicitados por trabalhos de fiscalização do Tribunal, que não podem ser considerados ocultos.

179. Em suma, da forma como está previsto na minuta contratual, vislumbro grandes riscos à União no processo de transferência ao particular do acervo patrimonial construído sob a gestão do Poder Concedente e da Valec, sem uma prévia e objetiva definição quantitativa (levantamento de bens reversíveis) – tema já tratado – mas **também qualitativa (mediante publicidade e previsão contratual de aceitação das desconformidades técnicas, construtivas e ambientais conhecidas, isto é, não ocultas)**.

180. Como já afirmei, a omissão em realizar a adequada gestão e contratualização dessas situações previamente às outorgas tem conduzido historicamente a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da União. Isso sem falar na transferência de desconformidades construtivas conhecidas da Administração ao particular, apenas porque não foram adequadamente tornadas transparentes no processo de licitação e contratualização.

181. Desse modo, reforço a proposta anterior de determinar à ANTT que dê publicidade editalícia a todos passivos construtivos e ambientais e às inconformidades técnicas que já são de conhecimento da Agência e da Valec, a exemplo dos apontados em processos deste Tribunal de Contas da União e outros apurados internamente.

182. Com a correção dessa assimetria informacional, espera-se que os licitantes precifiquem em sua proposta os ônus e bônus da assunção da infraestrutura com as condições atuais e existentes conhecidas, não sendo razoável que a ANTT remeta para momento futuro o procedimento de compensação financeira contratual por quaisquer dessas desconformidades não ocultas.

VI – DA REGULAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE COMPARTILHAMENTO DE MALHA

183. Ao constituir ligação entre Porto Nacional/TO e Estrela d’Oeste/SP, a FNSTC cruza e conecta diversas regiões de vocação agrícola e industrial do Brasil, com alto potencial de coleta de cargas, porém não possui acesso aos portos com vistas à exportação, destino de parte relevante dos produtos que busca transportar.

184. Para alcançar as instalações portuárias de Santos/SP e Itaqui/MA, as cargas coletadas ao longo do Tramo Central da FNS necessariamente precisam transitar por malhas adjacentes,

respectivamente, a Malha Paulista (explorada pela Rumo Logística) e a Ferrovia Norte-Sul - Tramo Norte (concedida à VLI Logística).

185. Ou seja, trata-se de ferrovia que, isoladamente, possui viabilidade econômica condicionada, pois seus limites geográficos não resolvem a necessidade de escoamento da carga para o mercado exportador. Para ser economicamente viável e atrativa, é fundamental que as cargas possam alcançar os portos mediante utilização de malhas de outras operadoras, a tarifas razoáveis e com capacidade operacional disponível para utilização.

186. A problemática do compartilhamento é tão relevante no contexto de outorga do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul que recebeu o segundo maior número absoluto de contribuições na audiência pública promovida (57 manifestações), vencida apenas por assuntos jurídicos (221 contribuições). Dentre os pontos relevantes discutidos na sessão aberta, destaca-se a necessidade do estabelecimento de regras claras para o direito de passagem, ponto considerado crucial pelos participantes para que haja atratividade no leilão, dado que a ausência delas poderia afastar possíveis interessados no certame ou mesmo incutir-lhes uma percepção maior de risco.

187. Caso não haja garantias de preços em bandas competitivas e *slots* disponíveis para exercício do direito de passagem, haveria risco de a licitação se mostrar atrativa apenas para as empresas que já são concessionárias ferroviárias adjacentes e possuem diferencial competitivo, a saber, saída para um porto: a ferrovia Malha Paulista e o complexo Estrada de Ferro Carajás (EFC) e Ferrovia Norte-Sul – Tramo Norte, ou seja, Rumo Logística S.A. e Vale S.A. (controladora da VLI Logística S.A), respectivamente.

188. Por outro lado, eventual proibição de que as mencionadas empresas participem da licitação tampouco se mostra opção interessante, pois haveria sempre a possibilidade da entrada no certame de empresas outras que, seja por controle indireto ou por afinidade empresarial prévia, mantenham laços próximos com os grupos controladores das ferrovias adjacentes, o que acabaria por repolarizar a disputa em torno dos dois grupos empresariais ligados aos setores do agronegócio e da mineração.

189. Se para o mercado é sabido que obstaculizar o ingresso de novos atores no setor ferroviário não é desejável e não se coaduna com os princípios norteadores da concessão de serviços públicos, para o Poder Concedente subsiste o risco de disputa pouco competitiva e conseqüentemente baixo ágio sobre o valor de outorga previsto.

190. Por todo esse contexto, a novel ferrovia pode se tornar economicamente inviável para novos entrantes, uma vez que a demanda não exportadora, pelo menos em médio prazo, não é significativa, e a carga não possui as principais características para o transporte ferroviário: grandes volumes e longas distâncias.

191. Como consequência do modelo de exploração ferroviária vertical adotado no país (outorga da infraestrutura férrea e da operação dos trens a uma só empresa simultaneamente), dificilmente um novo *player* se interessaria pela licitação sem conhecer as condições de acesso aos portos, resultando em ferrovia que poderia transportar apenas cargas com origem e destino no mercado interno e localizado nas cidades adjacentes à malha.

192. Ainda que esteja assegurado o direito de acesso a malhas vizinhas, o monopólio das concessionárias conectadas à rede portuária pode induzir a comportamento oportunista dessas, mediante arbitramento de preços (no sentido da ciência econômica) que podem tornar o tráfego mútuo e/ou o direito de passagem economicamente impraticável frente a outros modais.

193. Veja-se que a competência para solução deste problema está expressamente atribuída à Agência Nacional de Transportes Terrestres na forma da Lei 10.233/2001 (grifei):

“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”

194. Para atendimento ao dispositivo, foi editada a Resolução-ANTT 3.695/2011, que destaca a diferença entre direito de passagem e tráfego mútuo, além de estabelecer a preferência do segundo sobre o primeiro modelo de compartilhamento:

“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 (Resolução-ANTT 3.695/2011, art. 2º, inciso VI).

IX - tráfego mútuo: a operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas;

Art. 3º O compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais dar-se-á mediante tráfego mútuo ou, na sua impossibilidade, mediante direito de passagem.

(...)

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.”

195. A norma também dispõe que o compartilhamento deve se dar mediante pagamento de tarifas livremente pactuadas na forma de Contratos Operacionais Específicos (COEs) firmados entre as (sub)concessionárias. Ao encerrar o regramento do tema, a Resolução remete à ANTT o papel de promover o arbitramento da relação entre as exploradoras apenas em caso de divergências não resolvidas.

196. Ou seja, o direito de passagem já se encontra prescrito em lei e na regulamentação pertinente, assim como em cláusulas de diversos contratos de concessão de ferrovias adjacentes à FNS. Ocorre que, embora formalmente previsto, questão crucial à viabilidade do direito de passagem não está solucionada pela legislação ou pelo regulador: a definição de tetos tarifários e, secundariamente, a reserva de capacidade operacional.

197. Em outras palavras, o modelo existente não mitiga o risco de preços proibitivos e de assimetria informacional sobre a capacidade disponível para compartilhamento, em razão dos conhecidos monopólios naturais do setor ferroviário e das assimetrias informacionais de que sofre o regulador. A única saída seria provocar a ANTT para dirimir os conflitos que surgirem.

199. Dessa feita, sem regulação efetiva sobre tarifas-teto e garantia de disponibilidade de capacidade, *players* independentes – os quais não possuem qualquer tipo de arranjo estratégico-comercial prévio com as concessionárias atuais –, potenciais interessados na FNSTC, poderão sofrer, de alguma forma, custos mais elevados para garantir acordos de passagem de sua carga pelas ferrovias adjacentes.

199. Conclui-se assim que seria de suma importância que a Agência estabelecesse regras objetivas para garantir a passagem dos trens da novel subconcessão pelas ferrovias adjacentes que dão acesso aos portos para exportação, especialmente no que respeita a tarifas-teto e capacidade disponível, de modo a reduzir condições assimétricas de concorrência e de lance no certame. Esses pontos não se encontram resolvidos pela Resolução-ANTT 3.695/2011.

200. O tema ganha evidência adicional em razão das características geográficas peculiares da FNSTC, o que ressalta o benefício de se providenciar tratamento regulatório prévio à publicação do edital da outorga.

201. Diligenciada para informar qual solução seria adotada para garantir o direito de passagem da futura subconcessionária em ferrovias adjacentes, a Agência informou ter optado pela celebração de termos aditivos aos contratos de concessão vigentes com as cinco operadoras adjacentes ao trecho a ser subconcedido, fazendo constar nesses instrumentos as diretrizes operacionais e os parâmetros técnicos a serem cumpridos pelas concessionárias, bem como o valor máximo de referência para a tarifa de direito de passagem. Aduziu que, respeitadas as condições-limite postas nestes aditivos, o futuro subconcessionário da FNSTC poderá negociar tarifas diferenciadas com razoável liberdade e firmar Contratos Operacionais Específicos (COEs) com cada ferrovia adjacente.

202. A ANTT encaminhou também as Notas Técnicas 34, 35, 36 e 37 (peça 80) com a descrição da metodologia utilizada, assim como os respectivos cálculos, para a definição dos tetos-tarifários a serem pactuados junto às concessionárias Rumo Malha Paulista (RMP), Estrada de Ferro Carajás (EFC), Ferrovia Transnordestina Logística (FTL) e MRS Logística (MRS), respectivamente.

203. Complementou que buscaria a assinatura dos termos aditivos de forma consensual, porém, caso as concessionárias se recusem a assiná-los, a ANTT afirma que, no exercício de sua missão institucional e de forma a preservar o interesse público, celebrará unilateralmente tais instrumentos, tendo em vista a necessidade de garantir o direito de passagem dos trens provenientes da FNSTC com destino aos portos.

204. Por fim, explicou que as tarifas de referência calculadas (teto-tarifário) apresentam-se, em alguns casos, inferiores às tarifas constantes da modelagem econômico-financeira já apresentada, o que resultará em acréscimo do valor de outorga da FNSTC.

205. Em exame técnico do tema, a SeinfraPortoFerrovia conclui que a ANTT promoveu certo avanço na sistemática até então prevista, pois ao menos houve a definição de condições de contorno (tarifas máximas do direito de passagem) a serem pactuadas, de forma que a subconcessionária vencedora saberá quais são as piores condições (preços máximos) para exercer o direito de passagem.

206. Por isso, a unidade instrutora propõe determinar que a Agência se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNSTC sem incluir, no conjunto de documentos que o comporão, os termos aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem.

207. Já com relação à metodologia da ANTT para cálculo da tarifa-teto do direito de passagem para cada malha adjacente, a unidade instrutora apontou que as simplificações adotadas nas premissas para sua definição, as quais servirão de condições de contorno para a celebração de COEs entre as concessionárias, não impedem o prosseguimento do certame, motivo pelo qual entendeu não caber intervenção do TCU a respeito.

208. Em exame do mérito, reputo adequados os exames empreendidos pela unidade instrutora, cabendo acolher as propostas de **determinação** em apreço e os ajustes pertinentes, em que pese defenda que o tema mereça tratamento estrutural de parte do regulador do setor ferroviário, nos termos que passo a expor.

209. As preocupações que rondam o tema foram bem colocadas pelo ilustre Procurador do MPTCU (peça 95, p. 18-22, com destaques do original):

“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 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.

(...)

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):

(...)

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 **de 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.**”

210. Para o sucesso da outorga, não basta que a Agência demonstre intenção de celebrar os referidos termos aditivos, é preciso que o faça previamente ao certame e torne públicas as condições pactuadas para o direito de passagem, no edital ou documento associado.

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

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

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

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

215. Por tudo isso, a celebração de termos aditivos com as concessionárias adjacentes que, em última análise, poderão ser até unilaterais, à revelia dos contratados, parece solução aparentemente

simplificada diante de problema de grande envergadura, o qual parece merecer mais atenção e uniformidade de tratamento por parte da Agência. Por outro lado, pode ser o início de uma regulação mais firme sobre o tema.

216. Enfim, embora este Tribunal não possa se imiscuir na opção pela celebração de termos aditivos aos contratos de concessão e subconcessão que regem as malhas adjacentes, pode, em prol do interesse público que lastreia o setor e sem prejuízo da determinação já encartada para o ponto, considerando o momento de rediscussão desses temas na Agência, expedir orientações que busquem a melhor operação do setor em função da FNSTC, a fim de dar efetividade aos princípios que regem a concessão de serviços públicos e honrar os investimento público bilionário na construção da ferrovia.

217. Dessa feita, acrescento **recomendação** à ANTT para que, em prol da estabilidade, publicidade, uniformidade, isonomia e consistência das regras regulatórias, regulamente – não apenas para as malhas adjacentes à FNSTC, mas para todas com potencial conectivo – a forma de cálculo e as tarifas-teto relativas ao exercício do direito de passagem e de tráfego mútuo, bem como mecanismo que ofereça previsibilidade para as reservas de capacidades operacionais entre malhas.

218. É inequívoco que um regulamento estável e transparente, submetido aos processos de discussão e aprovação que lhe são inerentes, pode reduzir os custos de transação e a insegurança jurídica de eventuais aditivos contratuais unilaterais, além de promover maior clareza e previsibilidade setorial às regras aplicáveis ao compartilhamento de malha.

219. Faço considerações para lançar luz não apenas sobre este caso concreto, mais emblemático e precursor da integração ferroviária nacional, mas para fomentar a organização e a estabilidade do setor como um todo, em condições de isonomia e impessoalidade.

220. Paralelamente, cabe resgatar a preocupação externada pelo MPTCU de que os pretendidos termos aditivos aos contratos de concessão de malhas adjacentes preveem **garantia de capacidade operacional** à FNSTC **apenas para os primeiros cinco anos da subconcessão**, e de que as regras de direito de passagem – reserva de capacidade e teto tarifário – somente se aplicam **para as cargas com destino aos portos**.

221. Segundo a SeinfraPortoFerrovia, a opção da ANTT por regular reserva de capacidade operacional para a FNSTC para o quinquênio inicial da subconcessão possui fragilidades. Na hipótese de não ocorrer renovação de prazo das principais concessões adjacentes (Malha Paulista, EFC e MRS), oportunidade em que a reserva de capacidade seria inserida nos contratos como condicionantes à prorrogação antecipada dessas linhas, tais restrições podem se manter até o final da vigência dos contratos já existentes (entre 2027 e 2030, aproximadamente) e a solução dependerá, como já descrito, de incertezas associadas à regulação posterior e ao arbitramento de potenciais conflitos pela Agência.

222. No entanto, diante da possibilidade de prorrogação dos prazos de vigência dos atuais contratos das concessionárias adjacentes, cujos pleitos de prorrogação antecipada se encontram em análise pela Agência, a unidade instrutora anotou que terá a oportunidade de reanalisar quando do acompanhamento das prorrogações contratuais das concessionárias RMP, MRS, EFC e FTL.

223. O MPTCU, por seu turno, aponta que tal deficiência deveria motivar a expedição de determinação à ANTT para que, previamente à publicação do edital do certame, firme termos aditivos aos contratos celebrados 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.

224. O Poder Concedente afirmou em memorial (peça 96, p. 41-42), que optou por firmar a reserva de capacidade para os primeiros cinco anos como forma de viabilizar o início de operações da futura subconcessionária, e prestigiar a livre negociação de mercado das capacidades no período

subsequente. Sustenta ainda que a ênfase da regra regulatória deve ser dada às cargas do fluxo de exportação, dada a vocação da ferrovia que se pretende assegurar.

225. É inegável que a ANTT se coloca em posição delicada e assume possível prejuízo para a atratividade econômica de longo prazo do trecho. Por um lado, limita-se a reservar capacidade de compartilhamento à FNSTC por apenas cinco anos, inculcando aos interessados na novel ferrovia riscos e incertezas para os 25 anos restantes. Esses fatores serão certamente precificados no leilão.

226. Por outro lado, a Agência reforça a tese de mínima intervenção no mercado, optando por dirimir conflitos apenas se provocada, em casos concretos, mesmo que isso incuta menos previsibilidade de longo prazo para o futuro operador da FNSTC.

227. Temos, portanto, juízo de mérito sobre qual valor deveria ser prestigiado: a competitividade, a atratividade e a viabilidade comercial imediatas da FNSTC, ou o mínimo intervencionismo no mercado regulado.

228. A ANTT optou por realizar uma alternativa de regulação menos interventiva, estabelecendo balizas mínimas para assegurar os riscos essenciais envolvidos na questão e considerou suficiente estabelecer teto tarifário e, para o prazo dos cinco anos iniciais, reserva de capacidade, ambas as soluções restritas à carga de exportação. Uma opção mais interventiva nessa questão pode acarretar consequências que não devem ser desconsideradas na tomada de decisão. Nesse caso, por exemplo, é inegável que existe um ponto ótimo entre uma atuação mais permissiva (que pode gerar insegurança aos interessados na nova concessão) e eventual “excesso de intervenção” (o que pode ser ineficiente, além de aumentar as dificuldades junto às concessionárias dos demais trechos, com maiores riscos de judicialização e possíveis prejuízos quanto à viabilidade prática e jurídica da concessão tal qual planejada pelo poder concedente).

229. Verifico que a opção adotada decorre da percepção a que chegou o Poder Concedente a partir dos subsídios colhidos em audiência pública, situação que atribui legitimidade à escolha feita.

230. À luz dessas ponderações, e considerando que qualquer solução nessa questão delicada implica riscos e consequências nem sempre passíveis de apreensão no âmbito do processo de controle externo, entendo que não cabe ao Tribunal impor regra cogente, sem que isso signifique adesão à escolha regulatória que foi feita e sem prejuízo de recomendar que se avaliem opções distintas.

231. A análise do relatório da audiência pública (peça 51) revela ainda que constam ao menos cinco contribuições no sentido de que o contrato garanta reserva de capacidade operacional junto às malhas adjacentes da FNSTC. Isso indica o quão complexa é a questão e que a solução adotada pode comportar aprimoramento.

232. Quanto à tarifa-teto do direito de passagem, trata-se de solução regulatória fundamental para prevenir abusos monopolísticos por parte das concessionárias das malhas adjacentes. Portanto, julgo apropriado que seja avaliada a ampliação do teto tarifário para toda a carga a ser movimentada nos trechos em questão, sem guardar distinção quanto ao destino.

233. Da mesma forma, há que se avaliar a possibilidade de, em alguma medida, ampliar os prazos de definição das condições de exercício do direito de passagem (não apenas para o primeiro quinquênio), em termos de reserva de capacidade operacional.

234. Assim, considero adequado **recomendar** à ANTT que avalie a possibilidade de aprimorar 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 a **ampliação do período de reserva de capacidade operacional**.

235. Para encerrar o tópico, destaco que um ponto de relevo associado ao aspecto do direito de passagem é a possibilidade de saturação das malhas adjacentes. Aliás, nas zonas contíguas de acesso aos portos, especialmente o de Santos/SP, essa já é uma realidade enfrentada.

236. Em que pese tal situação de potencial restrição operacional e, conseqüentemente, econômica da ferrovia, no advento de restrições operacionais para acesso a malhas adjacentes à FNSTC, não há dispositivo que explicitamente como deverá ser resolvido o impasse.

237. Desse modo, acolho a proposta da SeinfraPortoFerrovia de **determinar** à ANTT que se abstenha de publicar o edital sem esclarecer e definir nos instrumentos da subconcessão (edital e/ou minuta de contrato) como atuará no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência (não apenas restrição) de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção aos princípios da segurança jurídica, interesse público, regularidade, continuidade, eficiência e modicidade tarifária, c/c a Lei 8.987/1995, art. 18, inciso VII, e a Lei 10.233/2001, arts. 20, inc. II, alínea “b”, e 25, inc. V.

VII – OUTROS PONTOS SUSCITADOS PELO MPTCU

238. Destaco ainda outras duas relevantes ponderações suscitadas pelo Ministério Público de Contas, em acréscimo aos exames da unidade instrutora, as quais buscam colaborar para o aumento da competitividade do certame e o aperfeiçoamento das regras da subconcessão.

239. O primeiro ponto de destaque é que, no seu entender, a complexidade do leilão exige maior prazo de antecedência da publicação do edital. Muito embora a praxe adotada pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos seja de 100 dias, acima do previsto em lei, o *Parquet* reputa insuficiente.

240. Entende o membro do Ministério Público que 180 dias seria um hiato razoável para conferir maior credibilidade ao certame, em razão da necessidade de tempo adicional para que potenciais investidores estrangeiros realizem os estudos necessários para melhor entendimento das questões jurídicas, econômico-financeiras, mercadológicas e de riscos do negócio. Do contrário, os grupos estabelecidos, notadamente os exploradores de malhas adjacentes, possuiriam vantagem competitiva indevida.

241. Nessa toada, propõe determinar a adoção de antecedência mínima de 180 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.

242. Ao tempo em que compreendo as preocupações do MPTCU, entendo que não compete a este Tribunal fixar prazo específico de antecedência para publicação de editais, a não ser em caso de desrespeito ao mínimo exigido por lei.

243. À primeira vista, elastecer ainda mais o prazo de antecedência do edital parece trazer ganhos à competitividade do certame e à percepção de segurança jurídica do negócio, porém não se pode subestimar o potencial de perturbação de mercado.

244. Em outras palavras, por não gerir políticas públicas, este Tribunal poderia incorrer em equívoco em determinar prazo adicional sem mensurar possíveis consequências negativas associadas, a exemplo de prejuízos de imagem e de credibilidade quanto a prazos em projetos de infraestrutura brasileiros, ou ainda percepção de interferências e adiamentos excessivos do leilão.

245. Projeto dessa envergadura certamente já é conhecido pelo mercado e pelos potenciais participantes, que não são muitos, e que já participaram ativamente do processo de audiência pública e de maturação do empreendimento. Além disso, como solução em casos extremos, qualquer prejuízo à competitividade e à publicidade poderá ser objeto de representação administrativa ou judicial de parte dos interessados.

246. Dessa feita, por carência de previsão legal, deixo de acolher a proposta do *Parquet* na forma de determinação, e a adoto como **recomendação** para que o Poder Concedente considere as

peculiaridades e a magnitude do objeto desta desestatização na definição de prazo de antecedência do edital em relação ao certame.

247. Em linha de concordância com a unidade instrutora, o MPTCU adere à análise acerca do limite de dispersão tarifária, definido na minuta de contrato como os valores máximos e mínimos da tarifa de transporte que poderão ser cobrados dos usuários pela subconcessionária, sem prejuízo de se respeitar o valor da tarifa-teto do contrato.

248. O mecanismo estabelece que a subconcessionária poderá praticar tarifas de transportes distintas para os diversos usuários do serviço, desde que observado o teto definido na tabela tarifária de referência e o limite de dispersão tarifária, calculado anualmente pela ANTT a partir da média aritmética simples das tarifas de cada mercadoria, medidas em R\$/1.000 tku (toneladas-quilometro úteis) e aplicando-se correções estatísticas, de forma a se estabelecer bandas de variação positiva e negativa.

249. Trata-se de inovação tendente a conferir certa flexibilidade à formação de preços das tarifas. Possibilita, na prática, que a futura subconcessionária conceda descontos a determinados usuários, como grandes clientes que proporcionem ganhos de escala e, conseqüentemente, menores custos unitários, ou mesmo para viabilizar estratégias comerciais, como fomentar a utilização da infraestrutura em horários ociosos por meio de preços mais atrativos. Mecanismo semelhante também tem sido utilizado em outras concessões recentes, como as do setor aeroportuário.

250. Nesse contexto, a baliza para a concessão de diferenciais tarifários é o limite de dispersão tarifária estabelecido em contrato. Pela regra, os preços praticados podem variar para cima ou para baixo, desde que respeitado o limite central e as bandas. Portanto, descontos concedidos a determinados usuários devem ser compensados por preços superiores cobrados de outros, calculados sempre por tipo mercadoria.

251. A proposta contida nos autos é determinar à ANTT que efetue a devida análise técnica para 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.

252. Em exame de mérito, verifico que o mecanismo busca conferir flexibilidade comercial à subconcessionária para a formação de preços e concessão de descontos, e não engessar o mecanismo tarifário. A leitura da minuta de contrato (cláusula 20.4.iv, transcrita) e a inserção da regra na seção que trata do regramento tarifário evidenciam exatamente isso:

“A Subconcessionária poderá praticar Tarifas de Transporte distintas entre Usuários, observando a Tarifa de Referência e o Limite de Dispersão Tarifária, e desde que baseada em critérios objetivos e isonômicos de contratação, tais como prazo, volume, sazonalidade, e condições de pagamento.”

253. Não me parece que o objetivo do instrumento seja inibir discriminações e favorecimentos indevidos, preservando a isonomia, impessoalidade e a generalidade na prestação do serviço público, mas fomentar estratégias comerciais em prol da eficiência. Portanto, entendo que a proposta de determinação deve ser ajustada, desvinculando-a da cláusula do limite de dispersão tarifária.

254. Em que pese entender que os problemas são distintos, o objetivo da SeinfraPortoFerrovia e do MPTCU é pertinente, uma vez que não foi possível identificar de que forma a ANTT pretende promover a regulação econômica das tarifas variáveis, de forma a se preservar os princípios aplicáveis, e evitar que a subconcessionária discrimine ou privilegie certos usuários/clientes, uma vez que o limite de dispersão tarifária é calculado tão somente em função da carga transportada, sem considerar outras características dos usuários.

255. Dessa maneira, acompanho as preocupações externadas nas manifestações técnicas ao longo dos autos, ajustando as propostas, para que se **determine** à ANTT que defina, por meio de regra

editálicia, contratual ou ato regulamentar, como promoverá a regulação econômica das tarifas flexíveis de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, que poderão ser distintas em relação a cada usuário, de modo a inibir discriminações e favorecimentos indevidos e preservar os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade e a generalidade na prestação do serviço público.

256. Conforme destaquei anteriormente, por se tratar de regra inerente à viabilidade econômica do objeto, é necessária a definição de regras mínimas **previamente** à licitação, em observância aos princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade e a generalidade na prestação do serviço público, bem como o disposto na Lei 8.987/1995, arts. 18, inc. I, II e VII, e 25, inc. V, e na Lei 10.233/2001, art. 28, inc. I.

VIII – CONCLUSÃO

257. Há cerca de vinte anos este Tribunal desempenha a proeminente missão de analisar processos de desestatização, por vezes tão relevantes como o aguardado Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul. Trata-se de competência de controle externo imposta pelo ordenamento como condição necessária à continuidade dos atos a serem praticados pelo Poder Executivo. Precisa, por conseguinte, ser bem exercida para contribuir com a boa e regular execução das outorgas, tendo-se o cuidado de não gerar efeito reverso negativo.

258. Por isso, destaco a qualidade técnica dos exames empreendidos pela SeinfraPortoFerrovia, cujas preocupações se mostraram alinhadas às do Ministério Público junto ao TCU, que tempestivamente atuou nos autos com contribuições relevantes à discussão do setor ferroviário.

259. A conclusão quanto ao saldo positivo da atuação do Tribunal é reforçada pela ANTT e pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI) por meio do memorial de peça 96, no sentido de que o Poder Concedente concorda, de maneira geral, com os apontamentos e assume compromisso de cumprir as determinações e recomendações que lhe estão sendo dirigidas.

260. A sensibilidade exigida do TCU é especialmente importante quando o tema regulação comparece aos autos, pois devemos exercer contínua e exigente vigilância para não ultrapassarmos a linha tênue que separa o controle externo da gestão pública, o mérito da legalidade, o controle de primeira ordem do de segunda ordem. É inegável que esses fatores são determinantes para o sucesso de um processo de outorga, mas podem fulminá-lo, se confundidos.

261. Tenho ouvido e debatido muito sobre as consequências da hipertrofia do controle e a possível infantilização da gestão pública. Agências reguladoras e administradores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem seus atos questionados. Ou pior: deixam de decidir questões simples à espera de aval prévio que lhes conforte.

262. Uma das formas de remediar essa questão é exercitar os mecanismos de deferência e autocontenção e dosar o consequencialismo na nossa atuação. Deferência às escolhas públicas feitas pelas instituições legitimadas e consequencialismo para que sejam mais bem considerados, com base em evidências, as implicações de nossas decisões. Nesse último caso, trata-se de adotar perspectiva *“interessada nos fatos e também bem informada sobre a operação, propriedades e prováveis efeitos de cursos alternativos de ação”* (POSNER, Richard. *Overcoming law*).

263. Dosar o consequencialismo passa, inclusive, pela premissa de que exigir determinado procedimento sem lastro em regra cogente acarreta, também, riscos e problemas. O controle externo não é gestor de políticas públicas. Nem sempre tem à sua disposição, portanto, evidências suficientes que lhe permitam avaliar adequadamente todos os fatores.

264. Em que pese todo este contexto, deve-se sempre prestigiar a regra determinada pela legislação, em especial a Lei 8.987/1995, mas tendo como pano de fundo os riscos envolvidos nas soluções adotadas e o histórico de problemas que vêm sendo frequentemente observados pelo

Tribunal. É dizer, assegurado o respeito aos contornos legais mínimos e tratados com soluções efetivas os riscos relevantes para a boa execução contratual, este Tribunal deve deferência à competência do regulador e às escolhas motivadas de forma razoável e suficiente.

265. Por fim e em adição, notício a recente edição da Medida Provisória 845, de 20/7/2018, que instituiu o Fundo Nacional de Desenvolvimento Ferroviário (FNDF), de natureza contábil e financeira, vinculado ao MTPA, com a finalidade de destinar recursos ao subsistema ferroviário federal, cuja vinculação fica limitada por lei ao prazo de cinco anos.

266. Nos termos do art. 2º, §§ 2º, 3º e 4º da MP 845/2018, receitas decorrentes da outorga da subconcessão da Ferrovia Norte-Sul - Tramo Central, e respectivo ágio, deverão ser destinados ao FNDF, com prioridade de aplicação na construção de ligação férrea do Complexo Portuário de Vila do Conde/PA à Ferrovia Norte-Sul, mais precisamente entre Açailândia/MA e Barcarena/PA.

267. Dessa maneira, espera-se que no futuro a FNS se interligue com um terceiro porto de alta capacidade, o que certamente trará ganhos de competitividade e de eficiência às operações exportadoras brasileiras.

268. A notícia ressalta a necessidade de adoção das medidas ora propostas previamente ao leilão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul, especialmente no que tange ao direito de passagem, em prol da efetiva interligação da malha férrea brasileira.

269. Portanto, ciente da importância deste empreendimento e convicto da adequação dos exames empreendidos pelo Tribunal nestes autos, adoto as propostas advindas da SeinfraPortoFerrovia, com os ajustes tratados ao longo deste Voto e outros relacionados à clareza textual, bem como os acréscimos sobre os quais me aprofundei.

270. Como resultado, deve-se dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que, dentro do escopo delimitado para a análise dos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental destinados a subsidiar a concessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul (EF-151), foram detectadas inconsistências e irregularidades objeto de determinações tratadas nos subitens 9.2 e 9.3 do acordão, as quais devem ser saneadas previamente à publicação do edital de outorga da Ferrovia Norte-Sul – Tramo Central.

271. Sem dúvida, tais proposições contribuirão para melhor publicidade, transparência e isonomia em favor dos agentes privados, que disporão de estudos e regras mais justas e coesas com a realidade e complexidade econômica do empreendimento.

272. Para o Poder Público, espera-se que regras editalícias e contratuais mais bem delineadas contribuam para a mitigação dos riscos de execução e de desequilíbrios econômico-financeiros que, claramente, podem ser evitados por meio de medidas preventivas diante de problemas já conhecidos.

273. Feitas essas considerações, os autos estão aptos a retornar à SeinfraPortoFerrovia para prosseguir no acompanhamento do segundo estágio do processo de outorga, oportunidade em que se dará o exame do cumprimento das determinações ora exaradas por este Plenário.

274. Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de setembro de 2018.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator