

VOTO

O processo trata de relatório acompanhamento do primeiro estágio de desestatização, na forma de subconcessão, da 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), nos termos da Instrução Normativa-TCU 27/1998.

2. Acompanhando a manifestação da Secretaria de Recursos (Serur), conheci do pedido de reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), na pessoa do Procurador Júlio Marcelo de oliveira, contra o Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, porém, sem a concessão de efeito suspensivo (peça 113).

3. Contra essa decisão monocrática o *parquet* interpôs agravo pelo qual requer a sua reforma para que seja concedido efeito suspensivo ao pedido de reexame. Fundamenta o pedido nas seguintes teses, resumidamente: a) o efeito suspensivo decorre de previsão legal expressa (*ope legis*), razão por que deve prevalecer, exceto na presença de *periculum in mora reverso*, o que não se verifica *in casu*; e b) a ANTT não deve tomar medidas contrárias às determinações combatidas enquanto suspensa a eficácia desses comandos – isto é, antes do pronunciamento definitivo deste Tribunal sobre a matéria.

4. A jurisprudência deste Tribunal tem se mostrado favorável à não atribuição de efeito suspensivo, ou à sua própria atribuição – quando, a rigor, não deveria incidir, – a recursos interpostos contra determinações corretivas que preservem alguma natureza cautelar, a fim de evitar futura ineficácia da decisão de mérito atacada pelos apelos (v.g. Acórdãos 1.807/2016, 488/2017 e 1.473/2017, do Plenário).

5. No caso em apreço, os argumentos da Serur pareciam se amoldar às pretensões do recorrente, na medida em que mantinham ativa a eficácia das determinações emanadas do subitem 9.2 do *decisum* recorrido até o julgamento do mérito do pedido de reexame.

6. No entanto, diante das sólidas razões expendidas na peça recursal, resumidas no item 3 deste voto, bem como do não enquadramento do caso à situação informada no item 4, **cade reformar a decisão agravada para**, acolhendo o pedido formulado pelo MPTCU, **atribuir efeito suspensivo ao pedido de reexame**.

7. Resta definir o alcance desse efeito recursal.

8. Alega o agravante que deveria ser suspensa a eficácia do subitem 9.2, ou seja, de todas as determinações que derivam desse comando. Tal medida estaria alinhada ao seu pedido principal para que o Tribunal rejeite o primeiro estágio do processo de desestatização, que sugere ter sido aprovado com ressalvas.

9. Ocorre que, a rigor, o TCU não deliberou no sentido de aprovar ou rejeitar o primeiro estágio, com ou sem ressalvas. Em verdade, nos termos do subitem 9.1, deu “(...) *ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec) 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 encontradas inconsistências e irregularidades que devem ser saneadas previamente à publicação do referido edital ou à assinatura do contrato, nos termos dos subitens 9.2 e 9.3 deste acórdão*”.

10. Ademais, mesmo que o tivesse rejeitado, poderia tê-lo feito – o que, a meu ver, provavelmente teria ocorrido, nessa hipótese – sem prejuízo de manter determinações idênticas ou assemelhadas às do subitem 9.2. Nada mais seria que exigir da ANTT a reformulação dos estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento e dos demais projetos e relatórios técnicos que compõem o primeiro estágio (art. 7º, inciso I, da Instrução Normativa TCU 27/1998), dando um passo

atrás em relação à etapa processual ratificada pelo acórdão agravado, ao impor àquela autarquia determinações para correções prévias à elaboração dos novos estudos, e não mais à publicação do edital.

11. O pedido principal do MPTCU, para que o TCU rejeite o primeiro estágio, tem como premissa a falta de estudos comparativos, quantitativos e qualitativos que fundamentem o modelo adotado pelo poder concedente em comparação ao modelo *open access*, bem como de estudos que justifiquem a escolha de não prever, obrigar, incentivar e estabelecer metas para o transporte de passageiros.

12. Na fundamentação do *decisum*, a questão da escolha do modelo de exploração da ferrovia foi tratada pelo relator da matéria, Exmo. Ministro Bruno Dantas, de maneira superficial, uma vez que a considerou inserida na alçada discricionária do poder concedente:

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 (grifei).

13. Conforme deduzo das razões de decidir do aludido aresto, não houve por parte do TCU anuência quanto ao modelo perfilhado pela autarquia, tampouco conclusão acerca da suficiência de estudos comparativos para se refutar o modelo *open access*.

14. Por mais louvável e legítima que seja a intenção do *parquet* em reabrir a discussão da matéria, nesse e em outros pontos – como o do aproveitamento da concessão para transporte de passageiros –, tais questionamentos, conquanto salvaguardados pelo efeito devolutivo do apelo, não têm o condão de suspender integralmente a eficácia das determinações direcionadas à ANTT.

15. Dito isso, **compreendo que o efeito suspensivo atribuível ao pedido de reexame interposto pelo MPTCU** contra o Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário **deve alcançar apenas os subitens** expressamente indicados em sua peça recursal (peça 108, p. 37).

16. Ressalto que, ante a impossibilidade de receber o presente recurso na amplitude requerida pelo agravante – em prejuízo à agravada, como se o efeito suspensivo buscado pelo agravante pudesse retirar do mundo jurídico a decisão proferida pelo Tribunal –, o seu processamento dispensa o contraditório da ANTT, em atenção ao disposto no art. 283 (parte final, *a contrario sensu*) do Regimento.

17. Por fim, apenas para argumentar, ainda que se concedesse provimento a este agravo na forma pretendida pelo MPTCU, suprimindo integralmente a eficácia do acórdão (especialmente do subitem 9.2), não haveria óbice a que a agência adotasse atos alinhados às determinações, no todo ou em parte, de ofício, em nome do poder discricionário que lhe é inerente.

Ante o exposto, com fundamento no art. 289, § 1º, do Regimento Interno, sou favorável ao provimento parcial do agravo em tela, concedendo efeito suspensivo aos subitens 9.2.6, 9.2.8, 9.2.12, 9.3, 9.4.1, 9.4.2, 9.4.5 e 9.4.9 do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, nos termos da minuta de acórdão que submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de dezembro de 2018.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator