

TC 026.071/2017-7

Tipo: Relatório de Acompanhamento (Racom).

Unidades Jurisdicionadas: Ministério da Infraestrutura (MInfra), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Secretaria Especial do Programa de Parcerias em Investimentos (PPI).

Responsáveis: Tarcísio Gomes de Freitas, Ministro da Infraestrutura e Mario Rodrigues Junior, Diretor-Geral da ANTT.

Procurador: não há.

Interessado em sustentação oral: não há

Proposta: Preliminar. Pressupostos de cautelar.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de acompanhamento da outorga referente à concessão de serviço público de 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.

HISTÓRICO

2. O primeiro estágio referente à IN-TCU 27/1998 de que trata a outorga em tela foi julgado pelo TCU, em 24/9/2018, por meio do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas (peça 98). Em 16/10/2018, o Ministério Público Junto ao TCU (MPTCU) ofereceu recurso de reexame (peça 108) contra os termos da decisão, com base nos seguintes pontos:

- a) direcionamento do certame em favor do grupo empresarial que opera o tramo norte da Ferrovia Norte-Sul;
- b) ausência de regulação para garantir o efetivo direito de passagem;
- c) potencial prejuízo ao erário decorrente da inadequada alocação de riscos contratuais, notadamente os passivos ambientais, vícios de engenharia de obras realizadas pela Valec e inventário de bens reversíveis realizado após o certame;
- d) ausência de estudos que justifiquem a escolha do modelo de subconcessão verticalizado (monopólio); e
- e) ausência de estudos de demanda para trechos viáveis para transportes de passageiros.

3. O recurso foi conhecido mediante Despacho do Relator do recurso, Ministro Augusto Nardes, datado de 14/11/2018 (peça 113), todavia sem a atribuição de efeito suspensivo ao Acórdão impugnado.

4. Em 19/11/2018, o MPTCU manejou agravo contra esse despacho (peça 119), em função da não atribuição de efeito suspensivo à decisão recorrida, o que resultou na prolação do Acórdão 2.979/2018-TCU-Plenário (peça 128), de relatoria do Ministro Augusto Nardes, que deu provimento parcial ao recurso, atribuindo efeito suspensivo aos itens 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. A decisão também encaminhou os autos à Secretaria de Recursos do Tribunal (Serur) para a instrução do pedido de reexame.

5. A ANTT publicou, em 29/11/2018, o edital da Concorrência Internacional 2/2018, concernente à licitação em comento, com a previsão de sessão pública do leilão marcada para o dia 28/3/2019.
6. Em 11/3/2019, o MPTCU apresentou pedido de medida cautelar, *inaudita altera pars*, para suspender o certame até que o Tribunal delibere sobre o mérito do recurso de reexame interposto, visando assegurar a eficácia da decisão (peça 145).
7. Em Despacho datado de 14/3/2019 (peça 147), o Ministro Relator Augusto Nardes entendeu que, apesar da proximidade da sessão pública do leilão, havia tempo suficiente para que fosse promovida a oitiva prévia dos órgãos responsáveis, com vistas a obter mais elementos para melhor caracterizar ou esclarecer os pressupostos que sustentam a medida cautelar proposta.
8. Dessa forma, foram encaminhadas oitivas à ANTT (peça 148), à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec) (peça 149), ao PPI (peça 150) e ao Ministério da Infraestrutura (peça 151). Conforme o despacho do Relator, foram também enviadas comunicações à Casa Civil (peça 152), ao Ministério da Economia (peça 153) e ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) (peça 154), facultando a esses órgãos manifestarem-se quanto aos fundamentos do pedido de medida cautelar, bem como em relação aos efeitos indesejáveis em caso de suspensão do certame em comento.
9. Apresentaram respostas no prazo concedido a Casa Civil da Presidência da República, por meio do Ofício 994/2019/SE/CC/PR (peça 162), o MAPA, por meio do Ofício 233/2019/SE-MAPA (peça 166), a Valec, por meio do Ofício 1.174/2019-Presi (peça 167), o Ministério da Infraestrutura, por meio do Ofício 168/2019/SE (peça 168), a ANTT, por meio de razões de defesa (peça 169), o Ministério da Economia, por meio da Nota Técnica 6/2019/GAB/SDI/SEPEC-ME (peça 170) e o PPI, por meio do Ofício 80/2019/SPPI e da Nota Informativa 3/2019/SCT/SPPI/SEGOV-PR (peças 171-172).
10. Em 20/3/2019, foram juntados aos autos novos documentos, apresentados pelo MPTCU, incluindo a Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimento ao Edital 2/2018 (peças 163-165). De acordo com o representante do *Parquet*, o exame dos questionamentos apresentados pelos potenciais interessados em participar da licitação, em face do edital, denotaria incertezas e fragilidades no documento.
11. Cabe destacar que a presente instrução, em atenção ao insculpido no art. 276, § 6º, do Regimento Interno do TCU e em virtude da urgência verificada no caso concreto, ater-se-á ao exame dos fundamentos da medida cautelar pugnada pelo MPTCU, deixando-se de tecer, nesta oportunidade, considerações quanto ao mérito dos pedidos formulados no recurso de reexame.

EXAME TÉCNICO

12. Nesta seção são apresentados os pressupostos para adoção da cautelar levantados pelo MPTCU, bem como as considerações trazidas pelos órgãos do Poder Executivo. Na sequência, é realizada a análise da Unidade Técnica.

Dos pressupostos da cautelar alegados pelo MPTCU (peça 145)

13. De acordo com o *Parquet* especializado, a iminência da sessão pública, marcada para 28/3/2019, e o exíguo prazo para apreciação do recurso de reexame interposto contra o Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário caracterizam o *periculum in mora*, tendo em vista a possibilidade de ineficácia da decisão de mérito por parte do TCU.

14. Quanto ao *fumus boni iuris*, o Ministério Público de Contas relembra os argumentos já apresentados em sede do referido recurso de reexame, resumidos no parágrafo 2 desta instrução, porém acrescenta quatro novos, que serão delimitados a seguir.

Descumprimento de determinação do TCU

15. Essa alegação refere-se a dois itens do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, 9.2.2 e 9.2.12. Textualmente:

9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 43, inc. 1, da Lei 8.443/1 992, c/c o art. 250, inc. II, do Regimento Interno do TCU, que se abstenha de publicar o edital de concessão da Ferrovia Norte-Sul Tramo Centra I (FNSTC) antes de adotar as seguintes providências:

(...)

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

(...)

9.2.12. adequar 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 de passivos ambientais e das invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária, ou outra solução regulatória aplicável, em atenção ao princípio da segurança jurídica e à Lei 8.987/1995, art. 23, inciso V.

16. Sobre o item 9.2.2, afirma que não se verificou entre os documentos disponíveis para a licitação os referidos termos assinados. A única referência para tanto seria o Comunicado Relevante 1/2018, que versaria sobre o direito de passagem de maneira genérica, remetendo o compartilhamento da malha para termos aditivos e para a Resolução-ANTT 3.695/2011. Alega que, sem esses termos aditivos, a situação de ausência de garantia para o efetivo direito de passagem fica caracterizada, tal qual explicitado no recurso constante da peça 108.

17. Acerca do item 9.2.12, alega que as cláusulas do edital e da minuta de contrato permanecem com os riscos utilizados como base para a referida determinação. Acrescenta que julgado recente desta Corte, Acórdão 322/2019-TCU-Plenário (Relator Ministro Aroldo Cedraz), sobre a subconcessão da Ferrovia Norte-Sul Tramo Norte (FNSTN), alerta para o risco de se deixar para depois da assinatura do contrato a definição da titularidade de passivos ambientais e de construção.

Recomendação do MPF para suspensão da licitação

18. Em 28/2/2019, a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (3ª CCR/MPF) recomendou à ANTT que suspendesse a licitação 2/2018, referente à FNSTC, até que a Agência defina os mecanismos que garantam o efetivo direito de passagem nas ferrovias concessionadas adjacentes, garantindo inclusive o acesso ferroviário aos portos.

19. Requereu também o levantamento prévio dos bens reversíveis e que a responsabilidade pelas obras remanescentes, a cargo da Valec, seja transferida para o subconcessionário. Tais medidas, em sua visão, são necessárias para aumentar a competição no certame, evitando-se provável direcionamento da licitação.

20. O mesmo documento recomenda ao Ministério da Infraestrutura que justifique a escolha do modelo vertical em detrimento do horizontal, bem como a ausência de estudos de demanda para a previsão do transporte ferroviário de passageiros.

Privilégios operacionais concedidos pela ANTT à subconcessionária do Tramo Norte da FNS (VLI)

21. O MPTCU alude à Deliberação-ANTT 198, de 27/7/2017, que assim expressa:

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no uso de suas atribuições legais, regulamentares e regimentais conferidas pela Resolução nº 3.000, de 2009, Anexo, Art. 25, Art. 1º O 1, inc. V e Art. 109, inc. 11 ; fundamentada no Voto DEB - 105, de 21 de julho de 2017, e no que consta do Processo nº 50500.185534/2015-29, delibera:

Art. 1º Vincular o Pátio Ferroviário de Porto Nacional ao Tramo Central - TC da FERROVIA NORTE SUL - FNS S/A, outorgada à CONCESSIONÁRIA VALEC ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S/A - VALEC.

Art. 2º Determinar que a Subconcessionária FNS S/A, inscrita no CNPJ nº 09257877/0001-37, possua o direito de passagem não oneroso dentro dos limites geográficos do Pátio Ferroviário de Porto Nacional, inclusive para o acesso aos terminais privativos adjacentes ao pátio de Porto Nacional.

Art. 3º Determinar que a Subconcessionária FNS S/A possua a obrigação de promover, às suas expensas, a manutenção operacional do Pátio Ferroviário de Porto Nacional.

Art. 4º Determinar que a Concessionária VALEC, inscrita no CNPJ nº 42.150.664/0007-72 e a Subconcessionária FNS S/A celebrem Contrato Operacional Específico - COE, tendo por objeto o compartilhamento do Pátio Ferroviário de Porto Nacional, em conformidade com os artigos 2º e 3º dessa Deliberação.

Art. 5º Determinar à Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte de Ferroviário de Cargas - SUFER que notifique a Concessionária VALEC S/A e a Subconcessionária FNS S/A acerca dos termos da decisão aprovada pela Diretoria Colegiada, em atendimento à Lei nº 9.784, de 1999, art.3º, inc. II.

22. Em sua visão, revela-se da deliberação ato em favor da subconcessionária do Tramo Norte (VLI) em relação ao pátio de Porto Nacional/TO, que, segundo o MPTCU, é estratégico para a operação da FNS, já que se localiza na conexão entre o tramo norte e o tramo central.

23. Além disso, acrescenta que da minuta de Contrato Operacional Específico (COE) observa-se que as vantagens da VLI não se limitariam à gratuidade no direito de passagem no pátio ferroviário, mas se estendem ao gerenciamento, manutenção e licenciamento de trens. Em outras palavras, a referida deliberação conferiria expectativa de direitos operacionais em favor da VLI no tramo central, afastando possíveis interessados no certame.

24. Alega que essa vantagem competitiva, aliada à ausência de regulação efetiva para o direito de passagem nas ferrovias adjacentes, torna a licitação possível para um único grupo empresarial, a subconcessionária que já opera o tramo norte. Isso porque, segundo o MPTCU, ainda que se avenge a possibilidade do grupo empresarial que opera a ferrovia que se ligará à FNSTC pelo sul, Rumo, entrar na disputa, as obras inacabadas e as vantagens operacionais já conferidas à VLI não permitem concluir pela existência de outros interessados na licitação.

Notícia veiculada no jornal Valor Econômico sobre possível desistência de empresa russa

25. Para corroborar esse argumento, o recorrente aponta notícia veiculada pelo Valor Econômico em 8/3/2019, segundo a qual empresários russos estariam propondo alterações ao edital em virtude da observação de direcionamento da licitação, em virtude do tratamento ineficaz da questão do direito de passagem. Alegam que sem essas alterações, não participariam do certame.

26. Em conclusão, o MPTCU considera que os fatos elencados (descumprimento da determinação desta Corte, a recomendação do MPF, as vantagens operacionais concedidas pela ANTT à VLI, a notícia da desistência de possível interessado, além da iminência da abertura das propostas), bem como aqueles descritos no próprio recurso de reexame (peça 108), são elementos suficientes para comprovar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pressupostos necessários para

a suspensão cautelar da Concorrência Internacional 2/2018 até que o TCU aprecie o mérito do referido recurso.

27. Quanto ao *periculum in mora* reverso, o *Parquet* aduz que não há urgência na realização da presente licitação, já que a maior parte da FNSTC (855 km) já está pronta e já possui autorização para tráfego ferroviário de cargas desde fevereiro de 2015, gerenciado pela Valec, detentora da concessão por força de Lei. Outro ponto que reforça a inexistência do pressuposto é que do valor da outorga total, estimado em R\$ 1,3 bilhão, apenas 5% será pago à vista e o restante dividido nos 30 anos de prazo do contrato, ou seja, o valor de entrada seria irrisório em termos de arrecadação.

28. Com base no exposto, o MPTCU requer a concessão de medida cautelar sem a prévia oitiva da parte, com fundamento no art. 276 do RITCU, com a finalidade de suspender o recebimento de propostas, a homologação e a adjudicação do Edital de Concorrência Internacional 2/2018, conduzida pela ANTT, até que esta Corte julgue o mérito do pedido de reexame constante da peça 108, bem como requer a oitiva da ANTT e do PPI.

Da oitiva prévia da ANTT (peça 169)

29. A ANTT respondeu por meio das razões de defesa constante à peça 169, no qual descreve os procedimentos realizados para cumprir as determinações encaminhadas pelo Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, tendo sido necessários o envio de ofícios para o antigo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e PPI, visando o acatamento da decisão.

30. Como medida inicial, o MTPA, ao considerar a recomendação endereçada no item 9.4.1 do referido Acórdão, sinalizou para um prazo de 120 dias entre a publicação do edital e a realização do certame.

31. Acerca dos fatos novos elencados pelo representante do MPTCU, especialmente sobre o citado descumprimento dos dois itens do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, a ANTT afirma que os aditivos foram celebrados, inclusive disponibilizados à sociedade no sítio eletrônico <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/51854.html>. Além disso, relata que todos foram publicados no DOU, conforme a tabela a seguir:

Tabela 1 - Publicação dos termos aditivos sobre direito de passagem no DOU

CONCESSIONÁRIA	TERMO	DOU
FTL	3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão	29/11/2018, seção 3, pg. 148
MRS	2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão	29/11/2018, seção 3, pg. 148
RUMO Malha Paulista	1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão	24/10/2018, seção 3, pg. 147
FNS - TN	3º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão	24/10/2018, seção 3, pg. 147
EFC	1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão	24/10/2018, seção 3, pg. 147

Fonte: peça 169, p. 14.

32. Afirma que os referidos termos aditivos estabelecem as tarifas-teto para o direito de passagem, que seguirão os mesmos moldes de reajuste e revisão tarifária previstos contratualmente.

Essas tarifas independem da extensão percorrida e do sentido, ou seja, elas protegeriam tanto o mercado interno quanto o externo.

33. Os termos também preveem a reserva de capacidade para a subconcessionária durante os primeiros cinco anos de contrato. Esclarece que esse prazo decorreu, entre outras razões, das contribuições da Audiência Pública 7/2017, em que se verificou que seria uma intervenção excessiva do órgão regulador fixar quantidades ao longo de todo o prazo da subconcessão. Em sua visão, buscou-se proteger a subconcessionária durante o período de *ramp-up* da infraestrutura. Após esse período, as empresas estariam livres para pactuarem seus próprios contratos, observando o arcabouço normativo vigente sobre direito de passagem.

34. Alega que outra boa prática regulatória trazida pelos termos aditivos é o instituto da dispersão tarifária, mecanismo que possui como finalidade evitar que certos usuários sejam afetados por comportamentos discriminatórios nos contratos de transporte celebrados com a futura subconcessionária.

35. Dessa forma, afirma que as medidas regulatórias acerca do direito de passagem estabelecidas em regulamento e nos termos aditivos, que foram feitas previamente ao certame, são suficientes para assegurar a participação dos interessados na licitação e estão em consonância com as determinações desta Corte.

36. Sobre o descumprimento do item 9.2.12 da citada Deliberação, que trata dos riscos atinentes a passivos ambientais, invasões de faixas de domínio e obras remanescentes a cargo da Valec, a ANTT alega que realizou as alterações necessárias e que o contrato prevê agora como responsabilidade da subconcessionária os eventuais reparos, prevenções e remediações aos passivos relacionados às obras da FNSTC, tanto anteriores quanto posteriores à data de assunção.

37. Expõe que existe diferença substancial entre a modelagem prevista de alocação de riscos nesta licitação e aquela constante do contrato do Tramo Norte, haja vista que para a FNSTC os passivos ambientais e construtivos anteriores ou posteriores à data de assunção não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro. Dessa forma, entende que a questão foi solucionada de forma plena, não deixando margem para questionamentos futuros, além de estarem em conformidade com as orientações deste Tribunal.

38. No que tange às recomendações exaradas pela 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, a ANTT menciona que o Ministério da Infraestrutura editou o Ofício 170/2019, de 14/3/2019, em que são elencados diversos comentários da Pasta setorial sobre os pontos abordados pelo *Parquet* Federal.

39. Sobre os critérios para adoção do modelo monopolista ao invés do *open access*, o Ofício do MInfra relata que na maioria dos territórios em que o modelo horizontal puro foi implantado, as empresas que administram a infraestrutura são estatais monopolistas. Alega que, no caso do Reino Unido, que desestatizou a estatal de ferrovias em uma privada exploradora de infraestrutura e em outras empresas operadoras em 1994, o governo britânico foi forçado a reestatizar a empresa exploradora de infraestrutura menos de uma década depois, em 2002. Para o Ministério, a conversão abrupta de modelos pode conduzir o Brasil no mesmo sentido, com o agravante que o País passa por grave crise fiscal e não poderia assumir o ônus da reestatização.

40. No que diz respeito à ausência de previsão para a instituição do transporte de passageiros no trecho, o documento informa que ao longo da FNSTC inexistem grandes ou densos aglomerados urbanos na região, resultando, em sua visão, na ausência de contingentes significativos de demanda. Acrescenta, todavia, que a movimentação de passageiros não é vedada pelo contrato, dessa forma, novos autorizatários ou permissionários poderiam realizar o transporte de passageiros não associados à exploração da infraestrutura, nos termos da Lei 10.233/2001. Menciona que o Governo não está desprivilegiando o transporte de passageiros. Relata a existência de estudo da

ANTT sobre a possibilidade de incrementar a participação desse segmento no Brasil, em que são identificados inúmeros empreendimentos, e que está na pauta para ser enfrentado.

41. Ainda sobre o tema das recomendações do MPF, a Agência afirma que a Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas da ANTT editou a Nota Técnica 4/2019/COPAC/SUFER/ANTT. Este documento opina pelo não acolhimento das recomendações do MPF, por estar convicta, segundo relata, de que os procedimentos adotados para a subconcessão da FNSTC estão plenamente aderentes à Lei, bem como estão em consonância com as boas práticas regulatórias e com as orientações do TCU.

42. No que tange à alegação de privilégios operacionais para a VLI decorrentes da Deliberação-ANTT 198/2017, a ANTT informa que a interpretação da matéria dada pelo MPTCU está equivocada. O que a Deliberação fez não foi conceder vantagem, mas arbitrar conflito, sendo que o resultado foi favorável à futura subconcessionária da FNSTC, em detrimento da VLI, que faz parte da FNS S/A, subconcessionária da FNSTN.

43. Afirma que durante o processo de elaboração da Declaração de Rede (DR) do exercício de 2016, instaurou-se conflito de interesse envolvendo a Valec e a subconcessionária do Tramo Norte acerca do pátio ferroviário de Porto Nacional/TO. O Contrato da FNSTN, 33/2007, possui como objeto a prestação do serviço de administração e exploração do transporte ferroviário no trecho Açailândia/MA até Palmas/TO, com extensão de 720 km, marco quilométrico em que se encerra sua subconcessão. O Pátio Ferroviário de Porto Nacional/TO inicia-se no km 719,920 e termina no km 722,282, portanto, o Tramo Norte adentra o referido pátio por 80 m.

44. Segundo o documento, para a Valec, o pátio estaria vinculado à FNSTC e não à FNSTN. Esta, por sua vez, afirma que a instalação deveria estar sob sua vinculação. Diante do impasse, instaurou-se processo de arbitramento na ANTT, que decidiu que o pátio deveria vincular-se à FNSTC, pois assim o pacote logístico ligado ao Tramo Central seria mais atrativo, agregando valor ao processo licitatório em tela.

45. Contudo, em respeito ao princípio da continuidade do serviço público, a Agência decidiu que a Subconcessionária FNS S/A possui direito de passagem não oneroso dentro dos limites geográficos do pátio, inclusive para acesso aos terminais privativos adjacentes a ele. Essa medida visaria, nos termos do documento, tornar menos dispendiosas as tarifas cobradas pela FNS S/A de seus clientes que utilizam aquele pátio ferroviário, já que, assim, a Valec, atual concessionária da FNSTC, não poderia cobrar o direito de passagem da FNS S/A, que eventualmente repassaria o custo aos seus usuários. Ainda assim, em sua visão, e com vistas a manter a relações jurídico-regulatórias e econômico-financeiras equilibradas, diante dessa decisão, a ANTT estipulou que o custo de manutenção operacional do pátio ferroviário fosse realizado pela FNS/SA. Menciona também que não há impedimentos, do ponto de vista contratual, para que essa medida seja revista em sede de celebração de Contrato Operacional Específico (COE), em negociação entre as partes.

46. A Agência relata que essa proposta foi aceita por ambas as partes, com conhecimento do Ministério. Dessa forma, conclui que não havia intenção de privilegiar qualquer das partes. Existe, na sua visão, de fato, uma sobreposição de malhas, ainda que pequena, e a situação exigia uma medida regulatória para sua solução. Adiciona que medidas similares já foram adotadas em outras situações, citando o caso do acesso à oficina do Horto, localizada em Belo Horizonte/MG, envolvendo as concessionárias Ferrovia Centro Atlântica S/A e MRS Logística S/A.

47. Sobre o último ponto, de eventuais desistências de participação no certame, a ANTT afirma que foram adotadas medidas para mitigar a assimetria de informações, possibilitando aos interessados o pleno acesso aos projetos e laudos técnicos de ensaios realizados pela Valec, bem como oportunizou visitas aos segmentos ferroviários para que os interessados pudessem realizar suas próprias medições. Outra medida que contribui para a isonomia, em sua visão, é que a

subconcessionária deve adquirir 75% de sua frota em nome próprio, para diminuir possíveis vantagens de empresas que já atuam no setor.

48. Por fim, informa que se trata de certame público, em que as empresas interessadas sem dúvida traçam suas estratégias e muitas vezes tentam desestabilizar possíveis competidores, de forma a sagrarem-se vencedoras no leilão.

Da oitiva prévia do Ministério da Infraestrutura (peça 168)

49. O Ministério da Infraestrutura respondeu à oitiva prévia por meio do Ofício 168/2019/SE. Aduz, inicialmente, que os fundamentos alegados pelo MPTCU não são suficientes para justificar a adoção de medida acautelatória por parte desta Corte. Isso porque, segundo relata, o edital de licitação em tela é resultado de amplo processo de participação social e extensa discussão entre órgãos de Governo, Agência Reguladora, bem como pelo TCU.

50. A Pasta discorda do requerente especialmente no que tange ao pressuposto da ausência de perigo da demora reverso, que reputa existente e relevante no presente caso, ao contrário do MPTCU. Isso porque seria incoerente entender que tal pressuposto estaria restrito à urgência na realização do certame ou à melhoria da situação fiscal do país.

51. Alega que o verdadeiro objeto do leilão é a transferência, pelo Estado Brasileiro, da prestação de um serviço público e, sobretudo, a credibilidade de suas ações e instituições envolvidas em processo tão complexo e relevante, inclusive junto a investidores nacionais e internacionais, que podem duvidar da integridade de todo o processo no caso de adoção da medida. Portanto, a visão do Ministério é a de que a interrupção de um leilão tão próximo de sua realização só deve ocorrer diante de situações extremas, o que, entende, não é o caso.

52. O órgão traz à discussão que a paralisação do certame trará custos relevantes, destacando-se os custos das despesas incrementais pela manutenção da malha da Valec. Alega que em vista da iminência do leilão, há natural descompatibilização da referida concessionária com a manutenção dos trechos já construídos, custo esse estimado em R\$ 2,5 milhões/mês. Afirma que esse custo é incremental a partir da manutenção indevida da linha férrea, o que pode ocorrer com a paralisação do certame, resultando no atraso do cronograma da licitação. Informa também que o custo para a ANTT seria de R\$ 719.445,71 caso a sessão pública de leilão não se realize.

53. Para a Pasta, existem efeitos adversos incalculáveis da suspensão da licitação nesse momento, mesmo depois de todas as discussões que foram realizadas e sopesadas, que é o atraso nos investimentos na cadeia logística dependente da operação de transporte da ferrovia pela futura subconcessionária. Tais efeitos serão também, em sua visão, sentidos no setor produtivo, na medida em que a ausência de alternativa ferroviária objeto desta licitação limitará o escoamento da produção.

54. O órgão esclarece não existe opção pública, posto que a Valec não possui trens e nem orçamento para adquiri-los, assim, a suspensão do leilão só privilegiaria o transporte rodoviário, principal concorrente, mas notoriamente de menor eficiência energética e maior impacto social.

55. Alega que esse é o primeiro leilão de ferrovias em mais de uma década e que o processo não foi realizado de forma açodada, com supressão de etapas. Ele faz parte de um novo ciclo de governo, que possui carteira consistente de projetos de infraestrutura, estimados em US\$ 40 bilhões, a ser concretizada até 2022.

56. Afirma que o Ministério tem recebido embaixadores, fundos de investimentos e empresários de diversos países com forte interesse em parcerias na área de infraestrutura. Dessa forma, entende que procrastinar o leilão baseado em eventual não participação de um único *player*, com base em notícia de jornal, põe em descrédito todo o esforço realizado no processo, inclusive por esta Corte de Contas.

57. Especificamente sobre a questão dos passivos ambientais e das invasões da faixa de domínio, alega que esses pontos foram tratados em conformidade com as orientações do TCU. Mesmo assim, entende prudente comentar, inclusive, que o citado item 9.2.12 encontra-se com seus efeitos suspensos por força do Acórdão 2.979/2018-TCU-Plenário, portanto, não se poderia falar em descumprimento.

58. Sobre a recomendação do MPF, a Pasta menciona que tratou da questão no Ofício 170/2019, além de ter realizado duas reuniões técnicas, na sede do MPF, inclusive com a presença do Procurador signatário do referido pedido de cautelar, e, em ambas, foi perceptível a inclinação do *Parquet* pelo acolhimento das justificativas apresentadas.

59. Por fim, o Ministério requer que seja negado o pedido de medida cautelar, a fim de evitar os prejuízos explicitados.

Da oitiva prévia da Valec (peça 167)

60. A Valec respondeu a oitiva prévia por meio do Ofício 1.174/2019-PRESI. Acerca do levantamento dos bens reversíveis, na forma do item 9.3 do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, a Empresa afirma que foi instituída Comissão Especial pela Portaria 366/2018 e que o processo de levantamento dos bens encontra-se em execução, sendo que o prazo previsto na Deliberação, antes da assinatura do contrato, será respeitado.

61. No que tange aos eventuais vícios de engenharia, relata que na Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimentos de 15/3/2019, página 14, disponível no site da ANTT (<http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54420.html>), consta que os passivos ambientais, construtivos e por invasões na faixa de domínio anteriores ou posteriores à data de assunção e assim identificados não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

62. Destaca a empresa, por fim, que as informações sobre passivos foram apresentadas à ANTT sempre que solicitadas.

Da oitiva prévia da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (peça 171)

63. O PPI respondeu por meio da Nota Informativa 3/2019/SCT/SPPI/SEGOV-PR. O órgão ressalta que o edital de licitação da subconcessão da FNSTC é resultante de amplo processo de participação social e de extensa discussão entre o Poder Executivo Federal e o TCU, bem como aprovada pelo Plenário desta casa nos termos do Acórdão 2.195/2019-TCU-Plenário, sendo que as determinações e recomendações nele previstas foram devidamente acatadas.

64. O PPI aduz estar presente o *periculum in mora* reverso, já que há risco de efeitos negativos decorrentes da interrupção do empreendimento, por postergar o uso eficiente da ferrovia, com impactos negativos para o erário, já que caberá à Valec promover as obras de restauração necessárias para a manutenção das condições de operação da ferrovia.

65. Afirma que em caso de concessão de medida cautelar haverá mácula à imagem do Governo Federal, pondo em risco a credibilidade dos certames vindouros. Isso porque é objetivo desse novo ciclo governamental projetar uma imagem de credibilidade e estabilidade, pontos necessários para a atração de investimentos estrangeiros de longo prazo.

66. Alega existirem também efeitos negativos para os potenciais usuários do modal, já que a FNSTC teria vocação natural para o transporte de cargas relevantes para a balança comercial brasileira e para a economia regional central como um todo, dessa forma, a paralisação do certame impactará negativamente no fluxo de negócio e na geração de empregos diretos e indiretos.

67. Por fim, noticia que a desistência da empresa russa RZD, potencial interessada na licitação da FNSTC decorre da ausência de condições materiais pela empresa na apresentação do

lance. Reconhece que há déficit competitivo natural no setor ferroviário em decorrência de fatores relacionados à estrutura e ao histórico da malha.

Da resposta da Casa Civil (peça 162)

68. A Casa Civil respondeu à comunicação enviada por meio do Ofício 994/2019/SE/CC/PR. A Pasta limitou-se a informar que entrou em contato com os órgãos com competência técnica e que eles encaminhariam os questionamentos pertinentes no prazo.

69. Acrescentou, todavia, que a subconcessão desse trecho faz parte dos projetos prioritários do Ministério da Infraestrutura. Informa ainda que o leilão em comento será o primeiro processo de transferência da exploração de ferrovia para a iniciativa privada em mais de uma década, portanto, se transcorrido sem interrupções ou atrasos, pode consistir em sinalizador da segurança jurídica dos procedimentos realizados pelo Poder Público, tranquilizando os licitantes e atraindo o interesse de novos parceiros privados. Alega que o posicionamento negativo desta Corte, ainda que provisório, pode elevar a desconfiança do mercado sobre a solidez dos processos de concessão vindouros, podendo contaminar a expectativa dos investidores e frustrar investimentos relacionados à prorrogação dos atuais contratos.

Da resposta do MAPA (peça 166)

70. O MAPA respondeu à comunicação enviada por meio do Ofício 233/2019/SE-MAPA. No documento, o órgão ressalta a importância do projeto para o mercado do agronegócio brasileiro, que já padece há décadas devido à insuficiência de oferta na infraestrutura de transportes, especialmente ferrovias, com impactos em custos para o mercado interno e redução da capacidade competitiva do Brasil no mercado externo. Isso porque, em sua visão, a falta de infraestrutura de transportes é o maior gargalo para o escoamento da produção agrícola.

71. Alega que a Pasta realizou estudos de demanda para as regiões impactadas pela Ferrovia Norte-Sul, e há expectativa de aumento elevado na produção de grãos. Projeções indicam que apenas a região conhecida como Matopiba (confluência dos Estados do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia) deverá produzir cerca de 25,4 milhões de toneladas de grãos em 2027/2028 em uma área plantada de 8,8 milhões de hectares.

72. Dessa forma, para o Ministério, a assunção da Ferrovia Norte-Sul pelo setor privado no cronograma previsto pelo Governo é fundamental para trazer eficiências ao transporte, bem como propiciará externalidades positivas por meio da disposição de alternativas mais econômicas para os fluxos de carga da região, promoção da logística competitiva, aumento da interconexão das malhas, incentivar investimentos e atração de novos negócios, com efeitos para a geração de emprego e renda.

Da resposta do Ministério da Economia (peça 170)

73. O Ministério respondeu por meio da Nota Técnica 6/2019GAB/SDI/SEPEC-ME. No que concerne às suas competências, o órgão apresentou informações acerca da modelagem do direito de passagem, concluindo que os contratos das ferrovias adjacentes à FNSTC são bastante claros e delimitam razoavelmente o instituto, dessa forma, não vislumbram óbice à realização do referido leilão.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

Escopo da presente análise

74. Como já exposto, a presente instrução visa analisar se estão presentes no processo os pressupostos para a adoção da medida cautelar requerida pelo MPTCU, nos termos do art. 276, § 6º, do RITCU. Conforme o art. 22, parágrafo único, da Resolução-TCU 259/2014, devem restar comprovados a plausibilidade jurídica, o perigo da demora e, além disso, deve estar ausente ou ser de baixa relevância o perigo da demora reverso.

75. Entende-se prudente, inicialmente, traçar os exatos limites do escopo desse exame.
76. Isso porque o requerente apresenta quatro fatos novos (descumprimento do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, Recomendação exarada pelo MPF, supostos privilégios operacionais concedidos pela ANTT para a VLI e indícios de desistências de interessados no certame), porém acrescentando que os argumentos trazidos no recurso de reexame (peça 108), resumidos no parágrafo 2 desta instrução, que ainda se encontra pendente de análise de mérito, devem ser utilizados para a comprovação da fumaça do bom direito.
77. Observa-se que o conteúdo do pedido de reexame (peça 108) aborda assuntos que foram tratados pelo Pleno da Corte no âmbito do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, mas que serão rediscutidos em razão da não concordância do recorrente com os termos da referida deliberação ou com a forma como foram dirigidos no Acórdão. Cabe registrar que o MPTCU ofertou parecer previamente ao julgamento (peça 95), que foi considerado no Voto do Ministro Relator (peça 99), inclusive com o acolhimento de algumas propostas.
78. Verifica-se que a peça recursal repisa pontos que já haviam sido abordados no parecer prévio do MPTCU. Uma vez que a decisão do Plenário do TCU não encontrou ilegalidades ou irregularidades em relação a tais assuntos que ensejassem a rejeição do processo concessório ou o endereçamento na forma de determinação aos jurisdicionados, entende-se, no plano desta instrução de análise perfunctória, que os pontos elencados na peça 108 também não são suficientes para recomendar a suspensão cautelar do certame.
79. Dessa forma, o escopo desta instrução não albergará a análise quanto à ausência de estudos para a instituição do tráfego de passageiros e para o modelo de exploração ferroviária, bem como em relação à razoabilidade da modelagem contratual para o direito de passagem. O exame proposto tratará apenas dos fatos novos elencados pelo Ministério Público de Contas na peça 145, e se estão presentes os requisitos para a concessão de medida cautelar que recomendem a paralisação da licitação.

Periculum in mora

80. A iminência da abertura das propostas, prevista para o próximo dia 28/3/2019, caso se confirmem os vícios alegados, tem o condão de gerar prejuízos para objetivo da licitação e, portanto, para o interesse público. Nesse caso, haveria risco de ineficácia da decisão de mérito, situação que pode merecer o tratamento cautelar por parte desta Corte. Portanto, **entende-se presente o pressuposto do perigo da demora.**

Fumus boni iuris

81. Passa-se ao exame da presença da “fumaça do bom direito” nos pontos elencados pelo MPTCU na peça 145.

Descumprimento de determinação do TCU

82. Sobre o primeiro fato alegado pelo MPTCU, que trata do descumprimento de dois itens do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, *in verbis*:

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

(...)

9.2.12. adequar 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 de passivos ambientais e das invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária, ou outra solução regulatória aplicável, em atenção ao princípio da segurança jurídica e à Lei 8.987/1995, art. 23, inciso V.

83. Em relação ao item 9.2.2, nota-se que os termos aditivos foram disponibilizados tanto no site da ANTT quanto por meio de publicação no Diário Oficial da União, como se verifica da tabela 1.

84. Os termos aditivos aos contratos que tratam do direito de passagem referentes às concessionárias Rumo Malha Paulista, FNS Tramo Norte e Estrada de Ferro Carajás foram publicados no DOU em 24/10/2018 e os termos das concessionárias Ferrovia Transnordestina Logística e MRS foram publicados em 29/11/2018, portanto não se verifica descumprimento à deliberação do Tribunal.

85. Em respeito ao item 9.2.12 do referido Acórdão, observa-se que a cláusula 3.1.ix da minuta de contrato constante da página da licitação <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54420.html> foi corrigida de acordo com o que exigiu o mandamento desta Corte, dispondo que os passivos ambientais, construtivos e por invasões da faixa de domínio anteriores ou posteriores à data de assunção e assim identificados não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro. A conferir:

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

86. Observa-se que o teor da cláusula juridicamente traduz-se no repasse para a futura subconcessionária da responsabilidade da totalidade de eventos relacionados aos passivos ambientais, defeitos construtivos e invasões da faixa de domínio, tanto anteriores quanto posteriores à data de assunção. Dessa forma, ela atende, também, à recomendação exarada no item 9.4.4 do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, estipulada em conformidade com o posicionamento do MPTCU defendido no parecer à peça 95. Cita-se, *ipsis litteris*, a referida recomendação:

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

87. Existe na minuta do contrato, todavia, itens com potencial para gerar conflito de entendimento em relação à responsabilidade pelos passivos ora em comento. A cláusula 12.2.h expressa como dever da Interveniente Subconcedente, a Valec, “responsabilizar-se pelos passivos ambientais, construtivos e por ocupações da faixa de domínio, cujo fato gerador seja anterior à Data de Assunção”.

88. Esta questão foi tratada na Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimentos ao Edital de Concorrência Internacional 2/2018 da seguinte forma (peça 163, p.14-15):

Referência: Item 3.1 (ix) do Contrato. Esclarecimentos solicitados: Embora a Cláusula 3.1, (ix), preveja que os passivos ambientais, construtivos, e por invasões na faixa de domínio anteriores ou posteriores à Data de Assunção e assim identificados não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro, entendemos que esta Cláusula deve ser interpretada em conjunto com o disposto nas Cláusulas 12.2 (ii), (f), (h) e (i), e 12.3 (ii), (t), do Contrato de Subconcessão, no sentido de atribuir responsabilidade à Subconcessionária somente ao fato gerador que ocorra após à Data de Assunção. Sendo assim, a Subconcedente terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro referente passivos ambientais, construtivos (dormentes, trilhos, brita, soldas, entre

outros), e por invasões na faixa de domínio, incluindo o ônus e despesas relacionadas, cujo fato gerador seja anterior à data de Assunção. Está correto o entendimento?

Resposta da Comissão de Outorga: O entendimento está incorreto. Apesar de (i) serem considerados deveres da Interveniente Subconcedente: responsabilizar-se pelos encargos ambientais relacionados ao objeto do Contrato, cujo fato gerador seja anterior à Data de Assunção; responsabilizar-se pelos passivos ambientais, construtivos, e por ocupações na faixa de domínio, cujo fato gerador seja anterior à Data de Assunção; responsabilizar-se civil, administrativa e criminalmente por passivos ambientais, construtivos e por invasões da faixa de domínio causados até a Data de Assunção; e concluir as obras sob sua responsabilidade até o dia 30 de junho de 2019, nos termos do Apêndice E do Caderno de Obrigações, e (ii) serem considerados deveres da Subconcessionária: responsabilizar-se pelos encargos ambientais relacionados ao objeto do Contrato de Subconcessão, cujo fato gerador seja posterior à Data de Assunção, foi estabelecido no contrato que: (a) a subconcessionária deve responsabilizar-se pela correção dos passivos ambientais, construtivos, e por invasões da faixa de domínio, bem como pelos ônus e despesas relacionadas, sejam eles decorrentes de fatos geradores anteriores ou posteriores à Data de Assunção e que (b) os passivos ambientais, construtivos, e por invasões na faixa de domínio anteriores ou posteriores à Data de Assunção e assim identificados não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Nesse sentido, os aspectos supracitados se apresentam como riscos a serem assumidos pela Subconcessionária. Isso posto, deve a proponente considerar a matriz de riscos existente na formulação de sua proposta econômica.

89. Embora a falta de clareza na amplitude dos termos utilizados nessas cláusulas contratuais possam gerar conflito de entendimento, cabe ressaltar que os esclarecimentos ao edital são juridicamente integrantes do processo e servem ao propósito, justamente, de dirimir tais contradições de forma igual para todos os licitantes. Não se verifica da situação em comento, portanto, qualquer prejuízo à isonomia ou ao objetivo da licitação, de forma a impedir o recebimento das propostas, não se caracterizando motivo suficiente para recomendar a paralisação do certame. Acrescente-se, ademais, que a suposta falta de clareza do contrato, caso necessite de correções por parte desta Corte, ocorrerá em sede do 2º estágio de análise constante da IN-TCU 27/1998, que ocorrerá antes da assinatura do termo.

90. **Ante o exposto, constata-se que não houve descumprimento das determinações do TCU por parte da ANTT.**

Recomendação do MPF para suspensão da licitação

91. Acerca da recomendação exarada pela 3ª Câmara do MPF, observa-se da oitiva do Ministério da Infraestrutura que a Pasta já detinha conhecimento sobre seu conteúdo, tendo inclusive realizado reuniões técnicas com o Procurador signatário para tratar das propostas. A ANTT, em sua oitiva, também afirma ter conhecimento do documento, tendo produzido nota técnica em que discorre sobre sua pertinência, opinando ao final pelo não acolhimento das medidas sugeridas.

92. Das manifestações colhidas do Ministério e da Agência extrai-se que, no trâmite processual do certame vergastado as recomendações do MPF já haviam sido levadas em consideração e discutidas para elaboração da modelagem. Inclusive, conforme se verifica no site do órgão, houve a assinatura de Memorando de Entendimento entre o MPF e o Poder Executivo, sobre as diretrizes para o setor ferroviário. (<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-minfra-segov-e-ppi-firmam-protocolo-de-entendimentos-sobre-diretrizes-de-politicas-publicas-para-o-setor-ferroviario>) Em decorrência, entende-se que **a recomendação do MPF não configura motivo suficiente para que o TCU suspenda a licitação.**

Privilégios operacionais concedidos pela ANTT à subconcessionária do Tramo Norte da FNS (VLI)

93. No que tange aos supostos privilégios operacionais à VLI decorrentes da Deliberação-ANTT 198/2017, que repassou a manutenção do pátio ferroviário de Porto Nacional/TO à subconcessionária da FNSTN, e estipulou a gratuidade no direito de passagem, a ANTT informou em sua oitava que a decisão foi tomada em processo de arbitramento.

94. Segundo a Agência, haveria sobreposição mínima entre as malhas da FNSTC e FNSTN no referido pátio, o que gerou disputa sobre a responsabilidade pela instalação como um todo. A ANTT teria decidido que a infraestrutura deveria ficar alocada à FNSTC, de forma que o conjunto de bens dessa linha fosse mais atrativo no leilão, porém atribuiu à FNSTN sua manutenção. Para equilibrar custos e responsabilidades, a Agência resolveu conceder o direito de passagem não oneroso para a citada subconcessionária, de forma que ela não precisasse repassar o custo de manutenção desse pátio para os usuários dos serviços.

95. Apesar de não constar da resposta ou do processo o que essas medidas significam em termos de custos para a subconcessionária VLI, nota-se que a situação não se caracteriza como mera concessão de privilégio, pois a autorização de uso veio acompanhada de contrapartida por parte da empresa, a obrigação de manutenção da estrutura. Caso não fosse concedido o direito de utilização não onerosa, a subconcessionária deveria pagar pelo direito de passagem à Valec, atualmente a concessionária da FNSTC, para que a estatal realizasse a manutenção das instalações.

96. Embora se possa argumentar, como fez o MPTCU, que o fato de a VLI possuir a atribuição de manter o referido pátio significa que ela possui mais conhecimento dos custos e da operação, o que poderia render à empresa uma vantagem na licitação, cabe ressaltar que a vantagem dos operadores já existentes e instalados é algo intrínseco e independe da modelagem. A única forma de extinguir esse risco seria pela proibição da empresa de participar do leilão, medida que, conforme ressaltado no Voto condutor do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário (peça 99, p. 28), não necessariamente garantiria competitividade ao certame. Para mitigar esse risco, a licitação previu a possibilidade de os interessados visitarem a linha férrea para realizar seus próprios ensaios e estimativas de custo, conforme consta da resposta da ANTT.

97. Ademais, como ressaltado pela própria ANTT, o contrato de concessão em tela não proíbe que um novo acordo seja feito entre as subconcessionárias. Portanto, considera-se que **a Deliberação-ANTT 198/2017 não altera de forma significativa as condições concorrenciais de participação no certame.**

Notícia veiculada no jornal Valor Econômico sobre possível desistência de empresa russa

98. Sobre o último ponto levantado, acerca de informação veiculada no jornal Valor Econômico sobre suposta desistência de empresa estrangeira interessada no leilão, em virtude de defeitos na modelagem de direito de passagem no edital, entende-se que, em licitações de concessões de grande porte, faz parte do processo a especulação pelo mercado.

99. Considerando a magnitude dos valores envolvidos, e que não há necessariamente convergência entre os interesses do setor público (eficiência) e do privado (maximização do lucro), é esperado que os agentes econômicos racionais busquem agir para que a situação seja a melhor possível para si e a pior para os seus concorrentes, o que não necessariamente corresponderá ao interesse público.

100. Nesse contexto, entende-se que seria desarrazoado que o setor público respondesse com a paralisação/cancelamento da licitação em decorrência de qualquer manifestação isolada do setor privado, especialmente nessa, que embora possivelmente se vislumbre oportunidades de melhoria, foi realizada com ampla discussão das partes interessadas (*road shows* no exterior, audiência pública, análise pelo TCU, etc.). Verifica-se, portanto, que **a notícia veiculada no jornal Valor Econômico não constitui motivo suficiente para a suspensão do processo licitatório pelo TCU.**

101. Da análise dos quatro pontos elencados na petição apresentada pelo MPTCU, constata-se que **não se verifica o pressuposto da fumaça do bom direito**, necessário para a concessão de medida cautelar tendente a suspender o processo licitatório da FNS Tramo Central.

Periculum in mora reverso

102. Quanto ao perigo da demora reverso, em linha do que defende o Ministério da Infraestrutura, entende-se que a eventual suspensão da licitação de visibilidade internacional, em data próxima à abertura das propostas, tem o condão de prejudicar a credibilidade do certame, inclusive pode desgastar a imagem das instituições que participaram, de alguma forma, dessa construção.

103. Por essa razão, considera-se que a paralisação do certame deve ser medida extrema, em virtude de ilegalidades ou irregularidades tão graves que impactem relevantemente no próprio objetivo da licitação. Sobre esse aspecto, observa-se dos autos que o procedimento licitatório em tela contou com ampla discussão e não foi realizado de maneira açodada e com supressão de etapas. Foi um processo estudado dentro da ANTT durante período considerável, apresentando em *road shows* em diversos países, contou com ampla audiência pública em 2017, passou por análise minuciosa neste Tribunal, ao fim da qual foram expedidas 14 determinações e 11 recomendações aos gestores. Em todo esse tempo de maturação, verifica-se que a modelagem do leilão passou por diversas melhorias e que as escolhas regulatórias do Poder Concedente foram publicizadas e consideradas razoáveis.

104. Outro ponto a ser considerado, do qual se pede vênia para discordar do MPTCU, é que existe, sim, urgência na licitação. Trata-se de linha férrea fundamental para aumentar a participação das ferrovias na matriz de transporte e para promover a interconexão das malhas, e que oferecerá alternativas de transporte para os embarcadores de cargas da região central do país, aumentando a capacidade de escoamento, com potencial para gerar empregos e diminuir o custo Brasil.

105. Reforça esse argumento o alegado na peça 168, de que a Valec não é opção para operar essa ferrovia, na medida em que ela não possui composições ferroviárias e nem orçamento para adquiri-las. Ademais, caso não ocorra a licitação, a estatal terá que arcar com os custos de manutenção dos trechos já construídos, atualmente estimados em R\$ 2,5 milhões ao mês (peça 168, p. 3), até a realização de novo certame. Conclui-se, então, que a operação dessa malha ferroviária por agente privado é premente e necessária, o que torna **o perigo da demora reverso existente e relevante** nesse caso.

106. **Ante o exposto, propor-se-á o não acolhimento do pedido formulado pelo MPTCU na peça 145, já que não se verificam os pressupostos necessários para adoção da medida acautelatória.**

CONCLUSÃO

107. Trata-se de acompanhamento da outorga referente à concessão de serviço público de 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.

108. Analisou-se nesta instrução a existência dos pressupostos para concessão de medida cautelar, conforme petição formulada pelo douto Procurador do Ministério Público junto a este Tribunal de Contas Júlio Marcelo de Oliveira, por meio da peça 145.

109. Verificou-se que os fatos novos elencados pelo MPTCU (descumprimento do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, recomendação exarada pelo MPF para suspensão da licitação, privilégios operacionais concedidos pela ANTT para a VLI e indícios de desistências de interessados no certame) não configuram motivos suficientes a ensejar a suspensão do certame, de forma que não se vislumbrou a presença do *fumus boni iuris*.

110. Acerca do *periculum in mora*, constatou-se que se encontra presente, já que os fatos elencados pelo requerente, aliados à iminência da abertura das propostas da licitação, marcada para o próximo dia 28/3/2019, poderiam gerar risco de ineficácia da decisão de mérito desta Corte de Contas.

111. No entanto, foi possível observar relevante perigo da demora reverso, na medida em que a suspensão do certame por parte deste Tribunal a poucos dias da abertura das propostas poderia prejudicar a credibilidade da licitação, inclusive pode desgastar a imagem das instituições que participaram, de alguma forma, dessa construção.

112. Dessa forma, a paralisação do certame no contexto e no momento atual em que se encontra o País deveria ser medida extrema, tomada em virtude de ilegalidades e/ou irregularidades graves que desabonassem o próprio objetivo da licitação, o que não se vislumbra para a licitação em tela.

113. Constatou-se que o procedimento que não foi realizado de forma açodada e contou com ampla participação da sociedade e de órgãos interessados, inclusive o Ministério Público Federal, tendo passado também por minucioso exame por parte do TCU. Após esse longo processo de maturação, diversas melhorias foram implementadas, o que contribui para a aderência dos procedimentos levados a efeito pelo Poder Concedente, não se verificando fatos que apontem para a necessidade de suspensão da licitação, portanto, propôs-se pelo indeferimento do pedido de medida cautelar formulado pelo MPTCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

114. Ante o exposto, submete-se os autos à consideração superior, com a seguinte proposta de encaminhamento:

- a) indeferir o requerimento de medida cautelar formulado à peça 145, tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida, constantes do art. 276 do RI/TCU;
- b) encaminhar cópia da decisão que vier a ser adotada ao alegante; e
- c) restituir os autos à Secretaria de Recursos deste Tribunal de Contas, para continuidade da análise de mérito do Recurso de Reexame de peça 108.

SeinfraPortoFerrovia, em 25 de março de 2019.

José Arthur Bezerra Silva
AUFC – Mat. 6.546-3