

**TC 026.071/2017-7**

**Natureza:** Pedido de Reexame (relatório de Acompanhamento)

**Unidades Jurisdicionadas:** Agência Nacional de Transportes Terrestres; Ministério da Infraestrutura; Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimento; Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.a.; Valec Engenharia Construções e Ferrovias S/a.

**Assunto:** Indeferimento de cautelar

**DESPACHO**

Trata o presente processo do primeiro estágio de acompanhamento da 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).

2. Retornaram os autos ao meu Gabinete em função do pedido de adoção de medida cautelar, **inaudita altera parte**, apresentado pelo Ministério Público de Contas – MPTCU (peça 145), que pugna pela suspensão da Concorrência Internacional 2/2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

3. É objeto da licitação a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura da malha ferroviária em caráter de exclusividade para os 1.537 km. A maior parte deste trecho ferroviário (855 km) possui autorização expedida pela Valec à empresa VLI para tráfego ferroviário de cargas desde fevereiro de 2015 e o restante do trecho encontra-se em obras com 95% de avanço físico. O valor mínimo da outorga é de R\$ 1,35 bilhão a ser pago em parcelas durante os 30 anos da subconcessão, sendo previstos, ainda, investimentos da ordem de R\$ 2,8 bilhões.

4. Com vistas a uma melhor contextualização, faço a seguir um breve histórico dos autos.

- II -

5. 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 (passivos ambientais, vícios de engenharia e inventário de bens reversíveis a posterior);

- d. ausência de estudos que justifiquem a escolha do modelo de subconcessão verticalizado (monopólio); e
- e. ausência de estudos de demanda para trechos viáveis de transporte de passageiros.
6. O Reexame foi conhecido mediante Despacho exarado por mim à peça 113 e encaminhado à análise da unidade técnica competente deste Tribunal.
7. Em 19/11/2018, o recorrente apresentou Agravo ao meu Despacho, em função da não atribuição do efeito suspensivo à decisão recorrida, o que resultou na prolação do Acórdão 2.979/2018-TCU-Plenário, dando-lhe provimento parcial e 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 deste Tribunal (Serur) para a instrução do pedido de reexame.
8. Em 29/11/2018, a ANTT publicou o edital 2/2018, concernente à licitação em comento, com sessão pública do leilão marcada para o dia 28/3/2019.
9. Tendo em vista a publicação desse edital e a inconclusão da análise do recurso de Reexame, o recorrente requereu, em 11/3/2019, a suspensão imediata do certame em andamento, por entender presentes os pressupostos para a adoção de medida cautelar, até que o Tribunal delibere o mérito do recurso interposto, visando assegurar a eficácia da decisão (peça 145).
10. Segundo o MPTCU, o **fumus boni iuris** estaria caracterizado pelos indícios de irregularidade apontados no recurso de Reexame. Além disso, haveria novos fatos que corroborariam esses indícios. São eles:
- a. descumprimento das determinações de que tratam os itens 9.2.2 e 9.2.12 do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário;
  - b. recomendação da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (3ª CCR/MPF) para a ANTT suspender o certame em andamento (peça 145, p 18-34);
  - c. denúncia de privilégios operacionais concedidos pela ANTT à subconcessionária do tramo norte da Ferrovia Norte-Sul, por força da Deliberação 198/2017; e
  - d. notícias de que empresas potencialmente interessadas no leilão irão desistir de participar em razão de regras que beneficiam as empresas Vale e Rumo e inviabilizam a entrada de novos operadores.
11. Quanto ao **periculum in mora**, estaria caracterizado em função da proximidade da sessão pública do leilão, prevista para 28/3/2019. A análise do MPTCU não identificou perigo da demora ao reverso.
12. Em 14/3/2019, determinei a realização de oitivas dos órgãos envolvidos, para que apresentassem os esclarecimentos pertinentes quanto aos aspectos que fundamentavam o pedido de adoção da medida cautelar, assim como os efeitos indesejáveis no caso de eventual suspensão do referido edital (despacho à peça 147).
13. Após o recebimento de todas as manifestações, a SeinfraPortoFerrovias elaborou instrução à peça 174 propondo **indeferir** o requerimento de medida cautelar formulado à peça 145, tendo em vista a não verificação dos pressupostos necessários para adoção da referida medida, constantes do art. 276 do RI/TCU.
14. Feita essa breve contextualização, passo a decidir.

- III -

15. Alinho-me às conclusões alcançadas pelo SeinfraPortoFerrovia, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações abaixo.
16. O **perigo da demora** encontra-se devidamente caracterizado em virtude da proximidade da data prevista para realização do leilão, a saber, 28/3/2019.
17. Em relação à **fumaça do bom direito**, observo que os pontos informados no recurso de Reexame assemelham-se, em boa medida, aos constantes no parecer do MPTCU apresentado em 27/8/2018 (peça 95), os quais já foram levados em consideração pelo Plenário desta Corte de Contas quando da prolação do Acórdão 2.195/2018, sob a relatoria do Ministro Bruno Dantas, em sessão ocorrida no dia 19/9/2018, tendo parte deles, inclusive, resultado em alterações do encaminhamento proposto originariamente pela unidade instrutiva.
18. Dentre os aspectos constantes no citado parecer e que foram reiterados no recurso de reexame do MPTCU, merecem destaque a ausência de estudos para o modelo de exploração ferroviária adotado (modelo vertical) e eventuais fragilidades na modelagem contratual que garante o direito de passagem. Estes pontos, se acatados, ocasionariam impacto na contratação que acabaria por requer a postergação do certame.
19. Sobre a adoção do modelo vertical de concessão, reitero o entendimento consignado no voto condutor do **decisum** recorrido, de que tal modelo está aderente à política pública ferroviária definida pelo Governo Federal, não sendo o presente processo o foro apropriado para rediscuti-la.
20. Em relação ao direito de passagem, repiso as conclusões do acórdão, de que o Governo trouxe razoáveis justificativas para embasar a modelagem adotada, que prevê a celebração de termos aditivos aos contratos das subconcessionárias adjacentes para garantir o efetivo exercício desse direito perante a futura subconcessionária vencedora do certame em tela, conjuntamente com a definição da tarifa máxima a ser cobrada, de modo a evitar eventual oneração excessiva daquele que vier a ser contratado.
21. Consoante justificativa da ANTT e do Ministério da Infraestrutura, o prazo de cinco anos constante nesses aditivos é decorrente de diversas contribuições advindas das audiências públicas e se deve, dentre outros fatores, à escolha pela menor intervenção nos contratos já celebrados, aliado à imprevisibilidade de cenários socioeconômicos futuros. Caso o aditivo alcançasse toda a vigência da concessão, o Governo poderia estar reservando uma capacidade nas vias ferroviárias adjacentes maior ou menor que a necessária.
22. Importante ressaltar que, findo esse prazo de cinco anos, poderão os subconcessionários estabelecerem entre si os Contratos Operacionais Específicos (COE), com termos que melhor se ajustem às suas necessidades. A Lei 10.233/2001, art. 25, e a Resolução 3.965/2011-ANTT, arts. 3º e 14, asseguram a viabilidade jurídica desses contratos operacionais.
23. Também em relação à ausência de previsão de direito de passagem para cargas domésticas (que não terão destino final algum porto), recupero, mais uma vez, o consignado no voto que embasou o Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, de que tal fato se deve à vocação natural da ferrovia, de transportar cargas destinadas à exportação. Todavia, os dispositivos legais mencionados no parágrafo anterior asseguram a possibilidade de as subconcessionárias firmarem COE para essas cargas domésticas, caso assim desejem.
24. Acerca dos novos fatos trazidos pelo MPTCU, e que fundamentam o pedido de adoção de medida cautelar, considero que a SeinfraPortoFerrovia abordou-os com propriedade.

25. Quanto ao item 9.2.2 do acórdão recorrido, a unidade técnica constatou que a ANTT elaborou os termos aditivos com as subconcessionárias adjacentes para garantir o exercício do direito de passagem para os trens que vierem da ferrovia Norte-Sul e os disponibilizou tempestivamente tanto no site da ANTT quanto por meio de publicação no Diário Oficial da União.
26. Para o item 9.2.12 do acórdão, a unidade registrou que houve a correção dos termos do edital de acordo com o que exigiu o mandamento desta Corte, os quais foram, ainda, complementados na Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimentos ao edital (peça 163, p.14-15).
27. Diante disso, concluiu pela improcedência do descumprimento, pela ANTT, das citadas determinações deste Tribunal.
28. Sobre a recomendação da 3ª Câmara do Ministério Público Federal (MPF) para a suspensão do certame, a Seinfra informou que o assunto restou superado em virtude da assinatura de Memorando de Entendimento entre o MPF e o Poder Executivo, contendo diretrizes para o setor ferroviário, inclusive aspectos relacionados à garantia do direito de passagem (disponível em <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>). Ressalto que esse memorando, a meu ver, servirá também para mitigar o risco de judicialização do certame.
29. A unidade técnica também verificou que não houve privilégios operacionais concedidos pela ANTT à subconcessionária do Tramo Norte da Ferrovia Norte Sul (FNSTN), uma vez que o direito de passagem não oneroso concedido para acesso ao pátio ferroviário de Porto Nacional/TO pré-definiu como contrapartida sua respectiva manutenção, o que desonerou a Valec dessa despesa, e ainda foram adotadas, pela agência, medidas para mitigar eventuais vantagens competitivas que a subconcessionária do tramo norte possa ter em decorrência de haver usufruído desse pátio.
30. Quanto à notícia veiculada no jornal Valor Econômico, versando sobre possível desistência de empresa russa, entendeu que seria desarrazoado que o setor público respondesse com a paralisação/cancelamento da licitação em decorrência apenas dessa manifestação.
31. Ante o exposto, não restou configurada a **fumaça do bom direito**, inexistindo razões, **a priori**, que justifiquem a interrupção do certame. Tampouco ficou claro, a meu ver, se há mudanças a serem implementadas nos termos do edital que pudessem resultar em ganhos significativos para o certame.
32. Por outro lado, como bem pontuado pela SeinfraPortoFerrovia, restou caracterizado o **perigo da demora ao reverso**, pois há prejuízos a serem suportados em caso de adoção de medida cautelar com vistas à paralisação do edital, dentre eles, (i) a credibilidade do país frente ao cenário internacional, sendo esta licitação de grande visibilidade mundial; (ii) os custos para manutenção dos trechos já construídos pela Valec, atualmente estimados em R\$ 2,5 milhões ao mês; e (iii) prejuízos ao setor produtivo, em função do atraso para a entrada em operação da ferrovia, o que acaba impactando na competitividade do produto nacional frente ao mercado estrangeiro.
33. Ante o exposto, acolho o encaminhamento sugerido pela unidade técnica, no sentido de **indeferir** o requerimento de medida cautelar formulado pelo MPTCU à peça 145, haja vista a não caracterização da fumaça do bom direito, bem como à presença do perigo da demora ao reverso.
34. Restituo os autos à SeinfraPortoFerrovia para comunicar desta decisão ao alegante e aos órgãos envolvidos (ANTT, Valec, Casa Civil e Ministérios da Infraestrutura, da Economia e da Agricultura).
35. Após serem concluídas as comunicações, determino o envio dos autos à Secretaria de Recursos do TCU (Serur) para a continuidade da análise do pedido de Reexame interposto



em 11/3/2019, devendo-se levar em consideração, naquilo que couber, os demais esclarecimentos apresentados pelos órgãos em resposta às oitivas realizadas por força do pedido de cautelar ora analisado.

Brasília, 26 de março de 2019.

(Assinado Eletronicamente)  
**AUGUSTO NARDES**  
Relator