TC – 026.071/2017-7

Natureza: Relatório de Auditoria (pedido de reexame).

Unidade jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos – Presidência da República; e Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A..

Recorrente (s): Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU).

Advogado (s) constituído (s) nos autos: Não há.

Decisão Recorrida: Acórdão 2.195/2018, alterado parcialmente pelo Acórdão 2.979/2018, ambos do Plenário do TCU.

Interessado(s) em sustentação oral: Não há.

Sumário: Auditoria Operacional. Antaq. Acompanhamento do primeiro estágio de outorga de subconcessão 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). Recomendações e determinações. Pedido de reexame. Conhecido sem efeitos suspensivos. Agravo. Reforma. Atribuição de efeito suspensivo. Elementos insuficientes para alteração do *decisum* quanto ao mérito. Não provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), na pessoa do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira (R001-peça 108), por meio do qual se insurge contra o Acórdão 2.195/2018-TCU- Plenário, prolatado na sessão de julgamento do dia 19/9/2018-Ordinária e inserto na Ata 36/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas (peça 98).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. dar 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;

9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 43, inc. I, da Lei 8.443/1992, 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 Central (FNSTC) antes de adotar as seguintes providências:

9.2.1. definir, por meio de regra editalícia, contratual ou ato regulamentar, constituída a partir de critérios objetivos, como atuará no caso de conflito entre concessionárias adjacentes à FNSTC em razão de eventual ausência (não apenas restrição) de capacidade das ferrovias adjacentes, a exemplo da saturação de linhas férreas de acesso aos portos, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do interesse público, da regularidade, da continuidade, da eficiência e da modicidade tarifária, c/c o art. 18, inc. VII, da Lei 8.987/1995, e com os arts. 20, inc. II, alínea "b", e 25, inc. V, da Lei 10.233/2001;

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;

9.2.3. definir, por meio de regra editalícia, contratual ou ato regulamentar, como promoverá a regulação econômica das tarifas flexíveis 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, da isonomia, da impessoalidade e da generalidade na prestação do serviço público, em atenção ao disposto nos arts. 18, incs. I, II e VII, e 25, inc. V, da Lei 8.987/1995, e no art. 28, inc. I, da Lei 10.233/2001;

9.2.4. alterar o custo de manutenção relativo à Licença de Operação na modelagem econômico-financeira para o valor indicado no Caderno de Meio Ambiente prévio à audiência pública, ou fundamentar os valores adotados, em atenção ao art. 18, inc. II, da Lei 8.987/1995;

9.2.5. promover ajustes no cálculo da modelagem econômico-financeira relativos à alteração das tarifas de direito de passagem das concessionárias adjacentes, tanto nos custos pelo exercício do direito de passagem quanto nas receitas auferidas pela futura subconcessionária a esse título, em atenção ao art. 18, inc. II, da Lei 8.987/1995;

9.2.6. adequar 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, em atenção à Lei 8.987/1995, art. 23, inc. V, ou, alternativamente, apresentar a este Tribunal e juntar ao processo concessório os fundamentos técnicos e jurídicos que justifiquem a manutenção da redação atual da cláusula 27.2.b da minuta de contrato;

9.2.7. dar publicidade editalícia a todos passivos construtivos e ambientais, invasões de faixa de domínio e inconformidades técnicas de conhecimento da Agência e da Valec, a exemplo dos apontados em processos deste Tribunal de Contas da União e outros apurados internamente,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

esclarecendo sobre a possibilidade de que tais problemas possam se refletir no aumento dos custos da subconcessionária, em atenção aos princípios da eficiência e da publicidade, c/c o art. 18, incs. II, XI e XV, da Lei 8.987/1995;

9.2.8. estabelecer data-limite razoável para a conclusão das obras a cargo da Valec, a qual deverá considerar obrigatoriamente as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à interveniente subconcedente concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária adotar tempestivamente as medidas preparatórias para o início da operação, bem como eventuais mecanismos contratuais de compensação financeira à subconcessionária em caso de ainda assim ocorrerem atrasos na entrega dos referidos trechos da Extensão Sul além da data estabelecida, em atenção ao art. 18, incisos I e VII, c/c art. 23, incisos I e V, da Lei 8.987/1995;

9.2.9. promover 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 utilizada pela Valec no referido lote, em atenção ao art. 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

9.2.10. tornar públicos aos potenciais licitantes os problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, informando-os sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex), ou, de forma alternativa, promover, na modelagem econômico-financeira e demais documentos, 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, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995;

9.2.11. incluir e atribuir à subconcessionária, na minuta contratual, a responsabilidade pelos riscos associados à manutenção ou correção dos trechos com brita aquém das especificações ou substituição do material fora dos padrões nos lotes 4S, 5S e 5SA, a qual deve constituir exceção à cláusula 27.2.h da minuta contratual, em atenção à Lei 8.987/1995, art. 23, inciso V;

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;

9.2.13. promover os ajustes nas premissas do projeto e nas minutas de contrato e de edital indicados em todos os subitens anteriores e recalcular o valor da outorga mínima, em atenção ao art. 18, inc. II, da Lei 8.987/1995;

9.3. determinar à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com fulcro no art. 43, inc. I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inc. II, do Regimento Interno do TCU, que realize, como condição prévia à celebração do contrato de subconcessão e à assunção da subconcessão, o levantamento e avaliação mínima, em termos de especificações técnicas e estado de conservação e operação, 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 e/ou 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 pelos 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, da Lei 10.233/2001;

9.4. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 250, inc. III, do Regimento Interno do TCU, que, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade:

9.4.1. considerando as peculiaridades e a magnitude da FNSTC, avalie a adoção de antecedência maior que a prevista em lei, ou a adotada como praxe pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (100 dias), entre as datas de publicação do edital e de realização do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

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 e imóveis que compõem o objeto da concessão, o estado atual das obras inconclusas e os passivos ambientais, em atenção aos princípios da isonomia e da eficiência;

9.4.2. 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.;

9.4.3. previamente à publicação do edital da FNSTC, avalie o impacto sobre as condições isonômicas de precificação e de lance entre os potenciais licitantes em razão da existência de parcela de fluxos de carga doméstica a serem transportadas em regime de direito de passagem cujos termos não foram considerados nas minutas de termos aditivos aos contratos das ferrovias adjacentes e, caso verifique prejuízo à competitividade do certame, promova a adequação dos parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias;

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;

9.4.5. 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 que as tornem impróprias ao uso a que são destinadas, ou lhes diminuam o valor, excetuando-se os comprovadamente ocultos na data de assunção que tenham sido objeto de reclamação no prazo contratualmente estipulado, abstendo-se de reivindicar indenizações ou reclamar abatimento no valor de outorga sob esse fundamento, em atenção ao art. 26, § 2º, da Lei 8.987/1995, promovendo-se as devidas alterações nas cláusulas contratuais que tratam de repartição de riscos;

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

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

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

9.4.9. realize análise de impacto organizacional interno à Agência no sentido de verificar, em especial no que tange às atividades de regulação da garantia do direito de passagem, a necessidade de adaptar fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais ou mesmo alterar sua estrutura e a alocação de recursos para atividades regulatórias decorrentes das obrigações assumidas no novo contrato;

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

9.4.11. 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

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;

9.5. enviar cópia deste acórdão à Agência Nacional de Transportes Terrestres, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, à Secretaria Especial do Programa de Parcerias e Investimentos e à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.;

9.6. restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia para que prossiga no acompanhamento do presente processo de subconcessão, nos termos do art. 7º, inc.s II a IV, da Instrução Normativa-TCU 27/1998. (ênfases acrescidas)

HISTÓRICO

2. Trata-se de relatório de 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.

2.1. 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, rel. Ministro Augusto Nardes.

2.2. 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 Agência Nacional de Transporte Terrestre (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.

2.3. 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.

2.4. O leilão ocorreu em 28/3/2019 na Brasil, Bolsa, Balcão (B3) e teve como vencedora a Rumo Multimodal, com outorga de R$ 2,719 bilhões, sendo o de ágio de 100,92 %. O contrato de subconcessão foi assinado em 31/7/2019 e se dará pelo prazo de 30 anos, sem possibilidade de prorrogação contratual, conforme consulta no sítio do Programa de Parcerias de Investimentos realizada em 9/9/2019: https://www.ppi.gov.br/ferrovia-ef-151-sp-mg-go-to-ferrovia-norte-sul.

2.5. 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).

2.6. Após exame técnico, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) 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 foram ajustadas antes da publicação do referido edital.

2.7. Nada obstante, divergindo da SeinfraPortoFerrovia, o MPTCU pugnou 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

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.

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

2.9. O Relator *a quo*, Exmo. Ministro Bruno Dantas, alvitrou, após minuciosa análise (peça 99), acolher o encaminhamento sugerido nos autos, no sentido de prolatar as determinações constantes do Acórdão recorrido, no que foi acompanhado pelos demais Membros do Pleno desta Corte de Contas.

2.10. Irresignado, o MPTCU interpôs o presente pedido de reexame, que se fundamenta nos fatos que, adiante, passar-se-á a relatar.

2.11. O Relator *ad quem*, Ministro Augusto Nardes, por meio do despacho de peça 147, determinou a realização de oitivas para que os órgãos interessados apresentassem suas contrarrazões em relação a determinados questionamentos feitos no presente pedido de reexame.

2.12. As manifestações da Casa Civil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Valec, do Ministério da Infraestrutura, da ANTT, do Ministério da Economia, da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (SPPI/PR), foram colacionadas, respectivamente, às peças 162-165, 166, 167, 168, 169 e 173, 170, e 171-172 e 177.

2.13. O Relator *ad quem* indeferiu (peça 179) o requerimento de medida cautelar formulado pelo MPTCU à peça 145, tendo em vista a ausência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida, constantes do art. 276 do RI/TCU, em 26/3/2019.

2.14. Referido processo retornou à Serur em 8/4/2019. Todavia, em razão dos pedidos de ingresso como *amicus curiae* da Associação Brasileira da Indústria Ferroviária – Abifer (peça 188) e da Frente Nacional de Profissionais Liberais, Trabalhadores, Operadores, Usuários e Associações em Defesa das Ferrovias – Ferrofrente (peça 200), o processo foi enviado ao gabinete do relator *ad quem*, Ministro Augusto Nardes, retornando, após indeferimento do pleito (Despacho à peça 205), a esta Secretaria de Recursos em 9/5/2019 para a instrução de mérito, portanto em data posterior ao leilão impugnado, que fora realizado em 28/3/2019.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. O exame preliminar de admissibilidade efetuado por esta Secretaria (peça 110), ratificado pelo Exmo. Ministro Augusto Nardes (peça 113), concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame, nos termos do art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c os art. 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, sem atribuição de efeito suspensivo.

3.1. O recorrente interpôs, em seguida, agravo contra a decisão monocrática do Relator *ad quem* (R002-peça 119), por meio do qual solicitou a sua reforma para que fosse concedido efeito suspensivo ao pedido de reexame. As alegações foram parcialmente providas no mérito (peça 129), por meio do Acórdão 2.979/2018-TCU-Plenário (peça 128), para reformar a decisão agravada e atribuir 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.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se é cabível a alteração das determinações e das recomendações expedidas no Acórdão recorrido.

5. Da revisão das determinações e das recomendações.

5.1. O MPTCU, por meio do pedido de reexame interposto, apresenta argumentos para, segundo o *Parquet*, "impedir o desenvolvimento de licitação restritiva à competitividade, evitar o previsível dano ao erário e, por fim, mitigar a implantação de modelo de gestão privada da infraestrutura destoante do interesse público" (peça 108, p. 5-38).

5.2. Objeta que, "apesar de toda essa experiência pretérita relativa à primeira subconcessão do Tramo Norte, os riscos inerentes àquele contrato estão mantidos e ainda mais evidentes na atual proposta de subconcessão". Elenca as irregularidades encontradas naquela subconcessão, as quais seriam do conhecimento do TCU (peça 108, p. 7):

> a) ausência de consenso entre Valec, Vale S.A. e FNS S.A. sobre a responsabilidade por passivos ambientais e invasões da faixa de domínio;
>
> b) o trecho entre Guaraí/TO e Palmas/TO (Trecho III) passou a ser operado em 2011 pela FNS S.A. sem que a Valec tivesse recebido da construtora SPA Engenharia, Indústria e Comércio S.A. as obras relativas a esse trecho;
>
> c) aplicação indevida, sem amparo contratual, de multas à Valec pela FNS S.A., relativas à omissão na correção de passivos ambientais e construtivos;
>
> d) evidências de que diversas obrigações previstas no Contrato de Subconcessão 33/2007, relacionadas à realização de investimentos e ao alcance de metas de produção e segurança, estão sendo descumpridas pela FNS S.A.

5.3. Acrescenta que, naquela subconcessão e "especificamente em relação aos investimentos", o MPTCU estima que "a subconcessionária deixou de investir cerca de R$ 470 milhões (data-base: julho/2007) nas áreas operacional e de infraestrutura da ferrovia".

5.4. Em relação à ausência de levantamento preliminar dos bens da subconcessão, item 9.3 do Acórdão recorrido:

> 9.3. determinar à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com fulcro no art. 43, inc. I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inc. II, do Regimento Interno do TCU, que realize, como condição prévia à celebração do contrato de subconcessão e à assunção da subconcessão, o levantamento e avaliação mínima, em termos de especificações técnicas e estado de conservação e operação, 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 e/ou 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 pelos 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, da Lei 10.233/2001; (ênfase acrescida)

5.5. Alega que a determinação, ao deixar para a subconcessionária privada a tarefa de elaborar o inventário detalhado, posteriormente à assinatura do contrato, "implica alto grau de assimetria de informações e reforça o potencial problema agente-principal, colocando em risco os bens públicos, uma vez que a imprecisão do seu levantamento poderá se traduzir na ilegal apropriação desses por uma empresa privada que os assuma".

5.6. Acrescenta que o Acórdão recorrido contraria o disposto no art. 18, incisos X e XI da Lei 8.987/1995, a seguir transcrito:

> Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

(...)

X - a indicação dos bens reversíveis;

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;

5.7. Relembra que a União "concedeu a construção e a operação da Ferrovia Norte-Sul à Valec por meio dos Decretos 94.176/1987 e 94.813/1987 e da Lei 11.772/2008".

5.8. Logo, a Valec é "detentora de todas as informações relevantes alusivas ao histórico operacional e de investimentos na ferrovia, ninguém melhor do que a Valec para realizar o inventário dos bens que devem lastrear a subconcessão ora em exame. É exatamente nesse sentido a previsão da Lei 8.987/1995".

5.9. Pondera que o Acórdão recorrido deve ser reformado, "com o intuito de evitar que o fenômeno desastroso experimentado no setor de telefonia se repita na subconcessão da Ferrovia Norte-Sul".

5.10. Considera "absolutamente ilegal e inconveniente a previsão de que o inventário completo e detalhado seja feito apenas pela subconcessionária, de modo que esta possa apontar eventuais vícios nos bens da subconcessão, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (item 3.1, "iii" e "vii", da minuta do contrato)".

5.11. Propõe, por conseguinte, que "seja excluída da minuta contratual a possibilidade de a subconcessionária pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de subconcessão em função de vícios, defeitos ou inconformidades que acometam os bens da ferrovia cuja posse lhes foi transferida pela subconcedente".

5.12. No que tange à restrição à competição e ao direcionamento da licitação, em virtude da existência de acentuados riscos de engenharia e de passivos ambientais indevidamente alocados, o MPTCU questiona o tratamento dado às obras inconclusas, aos vícios ocultos, aos passivos ambientais indevidamente alocados, à insegurança jurídica dos contratos, à fixação de prazo inadequado para a apresentação de propostas, à ausência de garantia para o efetivo direito de passagem, com falta de reserva da capacidade operacional e a ausência de previsão de carga doméstica.

5.13. Especificamente na questão das obras inconclusas, o MPTCU questiona os subitens 9.4.5 e 9.2.8 do Acórdão recorrido:

9.4.5. 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 que as tornem impróprias ao uso a que são destinadas, ou lhes diminuam o valor, excetuando-se os comprovadamente ocultos na data de assunção que tenham sido objeto de reclamação no prazo contratualmente estipulado, abstendo-se de reivindicar indenizações ou reclamar abatimento no valor de outorga sob esse fundamento, em atenção ao art. 26, § 2º, da Lei 8.987/1995, promovendo-se as devidas alterações nas cláusulas contratuais que tratam de repartição de riscos;

(...)

9.2.8. estabelecer data-limite razoável para a conclusão das obras a cargo da Valec, a qual deverá considerar obrigatoriamente as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à interveniente subconcedente concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária adotar tempestivamente as medidas preparatórias para o início da operação, bem como eventuais mecanismos contratuais de compensação financeira à subconcessionária em caso de ainda assim ocorrerem atrasos na entrega dos referidos trechos da Extensão Sul além da data estabelecida, em atenção ao art. 18, incisos I e VII, c/c art. 23, incisos I e V, da Lei 8.987/1995;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

5.14. Alterca que a determinação do subitem 9.2.8 do Acórdão recorrido "consubstancia ofensa ao teor do §2°, do art. 26, da Lei 8.987/1995, o qual estabelece, claramente, que a subconcessionária deverá se sub-rogar em todas as obrigações da subconcedente, o que inclui, no presente caso, as obras concluídas ou inconclusas, de modo a sanar eventuais vícios ou defeitos, sem exceção".

5.15. Preleciona que o art. 2º, da Lei 8.987/1995 não previa sequer a "possibilidade de divisão objetiva dos riscos contratuais" e que o art. 5º da Lei 11.079/2001inovou neste aspecto, para possibilitar a previsão de repartição de riscos entre as partes nos contratos de Parceria Público-Privada (PPP). No entanto, a "Lei 11.079/2001 não se aplica aos contratos de concessão comuns, conforme tacitamente declarado no art. 3º, §2° da Lei 11.079/2001".

5.16. Coloca, em seguida, que "os estudos apresentados pela ANTT trazem diversas incertezas em relação à qualidade das obras já finalizadas" e cita os subitens 9.2.9 e 9.2.10 e 9.2.11 da decisão recorrida.

5.17. Objeta que o Acórdão recorrido limita aos lotes 4S, 5S e 5SA a responsabilidade da subconcessionária pelos riscos associados à correção de problemas de qualidade em obras da Valec, o que contraria a recomendação contida no subitem 9.4.5 do Acórdão recorrido e possibilita que a subconcessionária alegue "eventuais vícios construtivos em praticamente todo o trecho ora concedido (1.520 km), tal qual foi possível no primeiro contrato de subconcessão do Tramo Norte, assinado em 2007, do qual emergiram diversos conflitos".

5.18. Revê seu posicionamento exposto no parecer anterior quanto à possibilidade de exclusão da responsabilidade da subconcessionária nos defeitos da infraestrutura relacionados a vícios ocultos (peça 95), pois, "se efetivado o leilão, nos moldes defendidos pela ANTT", o Brasil será o "único país que, após investir 30 anos na construção de uma ferrovia, não só a destina como espécie de subsidio a um único grupo, mas também assume o risco construtivo e remunera a subconcessionária privada por eventuais defeitos, alegados por esta".

5.19. Previsão que seria contrária ao "disposto na Lei 8.987/1995, art. 2°, incisos I e II, e art. 26, §2° c/c Lei 11.079/2001, art. 30, §2° e em afronta aos fundamentos basilares das concessões comuns".

5.20. O MPTCU alega, analogamente, que se forem mantidas as determinações estabelecidas pelos subitens 9.2.7 e 9.2.12 do Acórdão recorrido "haverá ilegalidade tanto no ato de publicação do edital quanto no contrato de subconcessão que vier a ser firmado", *in verbis*:

> 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;

5.21. Por essas razões, o MPTCU requer 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 às obras e aos passivos ambientais sejam integralmente transferidas para a subconcessionária, desde a assinatura do contrato".

5.22. Argumenta que "a parte final da redação inserta no item 9.2.6 do acórdão recorrido anulou qualquer possibilidade de avanço na melhoria da segurança jurídica contratual", ao "conferir inadequada discricionariedade para o gestor dispor sobre o contrato de forma contrária ao literal regramento imposto pela Lei de Concessões", ênfase acrescida:

> 9.2.6. adequar 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

> 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, em atenção à Lei 8.987/1995, art. 23, inc. V, ou, alternativamente, apresentar a este Tribunal e juntar ao processo concessório os fundamentos técnicos e jurídicos que justifiquem a manutenção da redação atual da cláusula 27.2.b da minuta de contrato;

5.23. O MPTCU requer a alteração do prazo previsto no subitem 9.2.4 do Acórdão recorrido de 100 dias para 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", "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".

> 9.4.1. considerando as peculiaridades e a magnitude da FNSTC, avalie a adoção de antecedência maior que a prevista em lei, ou a adotada como praxe pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (100 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 e imóveis que compõem o objeto da concessão, o estado atual das obras inconclusas e os passivos ambientais, em atenção aos princípios da isonomia e da eficiência;

5.24. Avalia que a questão do direito de passagem é central neste processo. Defende que, "sem clara e segura definição de regras de direito de passagem, certamente apenas as atuais operadoras das ferrovias com as quais a Norte-Sul se conecta terão interesse em participar da licitação", direito que não é garantido pela atual redação do subitem 9.4.9 do Acórdão recorrido, *in verbis*:

> 9.4. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 250, inc. III, do Regimento Interno do TCU, que, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade:
>
> (...)
>
> 9.4.9. realize análise de impacto organizacional interno à Agência no sentido de verificar, em especial no que tange às atividades de regulação da garantia do direito de passagem, a necessidade de adaptar fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais ou mesmo alterar sua estrutura e a alocação de recursos para atividades regulatórias decorrentes das obrigações assumidas no novo contrato;

5.25. Reforça que o tráfego mútuo também está garantido na lei e na regulamentação da ANTT, nos termos do art. 25 da Lei 10.233/2001 e da Resolução ANTT 3.695, de 14/7/2011.

5.26. Analisa que, "com a atual incerteza acerca da capacidade operacional da ANTT para regular o direito de passagem, mostra-se temerária a publicação de edital de tal envergadura sem uma solução que ofereça segurança para os trinta anos do contrato".

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

5.28. Observa que, "além de disporem sobre a tarifa-teto do direito de passagem, as minutas de termos aditivos a serem firmados com as ferrovias adjacentes à FNSTC também cuidam da reserva de capacidade operacional, que consiste na estipulação da quantidade mínima de pares de trens por dia que a subconcessionária terá direito de trafegar nas ferrovias visitadas (cf. Tabela 11, à peça 85, p. 37)".

5.29. Aduz que "não existe direito de passagem sem reserva de capacidade operacional" e que "a falta de garantia de capacidade operacional para o exercício do direito de passagem após o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

primeiro quinquênio da subconcessão traz evidente insegurança jurídica para os interessados no certame".

5.30. Por esse motivo, o MPTCU "entende que o TCU deve emitir determinação para sanar essa incerteza".

5.31. Considera que regular os parâmetros referentes à previsão de carga doméstica apenas por meio das recomendações contidas nos subitens 9.4.2 e 9.4.3 do Acórdão recorrido trariam prejuízo à competitividade do certame, "de modo que, em vez de recomendação", deveria ser expedida determinação à agência reguladora, para que, previamente à publicação do edital, "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", *in litteris*:

> 9.4. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 250, inc. III, do Regimento Interno do TCU, que, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade:
>
> (...)
>
> 9.4.2. 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;

5.32. Pondera que "todas as questões envolvendo a ausência de levantamento completo dos bens da subconcessão; os riscos de engenharia e passivos ambientais; o prazo inadequado; a ausência de efetivo direito de passagem e de reserva da capacidade operacional, acima discutidos, levam a uma condição de incerteza que atinge a competitividade do leilão proposto e, em última análise, estabelece o direcionamento do certame".

5.33. Alerta que a falta de estudos para justificar o modelo de exploração adotado, resultou em "proposta contendo diversas distorções no regime jurídico das concessões de serviços públicos, em especial, isenta, em afronta à lei, a futura subconcessionária da assunção da prestação do serviço público por sua conta e risco, gerando assim perigoso precedente, capaz de viciar contratos de concessão nos mais diversos setores".

5.34. Avalia que "o tema do transporte de passageiros é por demais importante para não ser sequer discutido na agenda governamental e na modelagem de cada ferrovia concedida à iniciativa privada".

5.35. Requer a reforma da decisão recorrida, rejeitando o primeiro estágio do processo de desestatização (art. 70, inc. I, da IN/TCU 27/1998), na forma de subconcessão, da infraestrutura da Estrada de Ferro EF-151, no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO e Estrela D'Oeste/SP, denominado Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC), pela ausência de:

> 1. 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
>
> 2. estudos que justifiquem a escolha de não prever, obrigar, incentivar e estabelecer metas para o transporte de passageiros na presente subconcessão.

5.36. Propõe alternativamente que:

> Sucessivamente, caso não acolhida a proposição supra, o Ministério Público de Contas pugna por que o Tribunal de Contas da União:
>
> I - torne sem efeito as determinações e recomendações constante dos 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 2195/2018 - TCU - Plenário;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

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

1. sem adequar 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. 2°, inciso II, de forma a limitar 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, em atenção à Lei 8.987/1995, art. 23, inc. V; (nova redação para o item 9.2.6 do acórdão recorrido)

2. sem 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, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em face do que dispõe o §2° do art. 26 da Lei 8.987/1995; (nova redação para o item 9.2.12. do acórdão recorrido)

3. sem que haja, por parte da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. em conjunto com a Agência Nacional de Transportes Terrestres, como condição prévia à celebração do contrato de subconcessão e à assunção da subconcessão, o levantamento e avaliação, em termos de especificações técnicas e estado de conservação e operação, do conjunto de bens 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 e/ou anexos, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência (Lei 9.784/1999, art. 2°, caput), c/c art. 2°, inc. II, da mesma Lei, e à luz das competências que lhe são dirigidas pelos art. 20, inc. II, alínea "b", art. 24, incs. VIII e X, art. 25, incs. III e IV, art. 34-A, § 2°, inc. I, e art. 35, inc. I, da Lei 10.233/2001; (nova redação para o item 9.3 do acórdão recorrido)

4. sem adotar, considerando as peculiaridades e a magnitude da FNSTC, o prazo mínimo 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 e imóveis que compõem o objeto da concessão, o estado atual das obras inconclusas e os passivos ambientais, em atenção aos princípios da isonomia e da eficiência; (nova redação para o 9.4.1 do acórdão recorrido)

5. sem garantir 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; (nova redação para o item 9.4.2 do acórdão recorrido)

6. sem definir, previamente, como irá garantir a efetividade do direito de passagem, em termos de fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais, nos termos do art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001; (nova redação para o item 9.4.9 do acórdão recorrido)

7. sem especificar, no edital de licitação e na minuta de contrato, que a subconcessionária se sub-rogará em todas as obrigações da subconcedente em relação às obras, concluídas ou inconclusas, inclusive quanto à obrigação de sanar eventuais vícios ou defeitos, 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 §2° do art. 26 da Lei 8.987/1995; (nova redação para o item 9.4.5 do acórdão recorrido)

Contrarrazões/Oitivas:

5.37. Passa-se, nesta etapa, a análise das contrarrazões ao pedido de reexame, bem como das respostas às oitivas realizadas previamente à decisão que apreciou o pedido de cautelar, nos termos definidos no Despacho acostado à peça 179.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

5.38. A Casa Civil informa, em suas contrarrazões, "que a subconcessão do trecho faz parte dos projetos prioritários do Ministério da Infraestrutura" e que este "será o primeiro processo de transferência da exploração de ferrovia para a iniciativa privada em mais de uma década e, se transcorrido sem interrupções ou atrasos, pode consistir em sinalizador claro da segurança jurídica dos procedimentos conduzidos pelo Governo Federal, tranquilizando os licitantes e atraindo o interesse de novos parceiros privados".

5.39. A Casa Civil compreende que "um posicionamento negativo do Tribunal de Contas, ainda que provisório, pode elevar a desconfiança do mercado sobre a solidez dos processos de concessão ferroviária vindouros, com potencial para contaminar a expectativa dos investidores e frustrar investimentos relacionados à prorrogação das atuais concessões" (peças 162-165).

5.40. O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) segue a mesma linha, afirmando que "uma eventual paralisação do leilão é medida antieconômica e contraproducente para as necessidades do setor que carece urgentemente da assunção de agente privado para viabilizar transporte ferroviário com eficiência e agilidade para a região" (peça 166).

5.41. A Valec informa que, por meio da Portaria n. 336/2018, instituiu Comissão Especial para a realização de levantamento e avaliação mínima do conjunto de bens reversíveis a serem transferidos à futura subconcessionária, ações que se encontram em execução e com o prazo previsto para conclusão em observância ao item 9.3 do Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário.

5.42. A Valec faz referência à resposta da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), constante da Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimentos, de 15/03/2019, no sítio eletrônico: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54420.html, de 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" e que prestou esclarecimentos a Agência, quando solicitado (peça 167).

5.43. O Ministério da Infraestrutura objeta não vislumbrar motivos para a paralisação do processo de concessão solicitado pelo MPTCU.

5.44. Defende que o projeto está maduro para concessão, por meio do "cumprimento de cronogramas de estudos, audiências públicas, exames pelo TCU, publicações de editais e a realização de leilões não são apenas meios de gerenciamento de portfólios, mas representam a observância aos marcos que impõem confiabilidade aos empreendimentos e às instituições envolvidas no processo".

5.45. Pondera que "as questões afetas aos passivos ambientais e de invasões de faixa de domínio, subitem 9.2.12, foram tratadas e solucionadas de forma plena para a concessão do Tramo Central, não havendo margens para questionamentos futuros, e estão também em conformidade com as orientações do TCU" e que acatou até mesmo as recomendações que aperfeiçoavam o processo.

5.46. Por fim, referido Ministério da Infraestrutura afirma que não há que se falar em beneficiamento de qualquer empresa (peça 168).

5.47. A ANTT informa que "o trâmite processual seguiu rigorosamente a legislação que rege a matéria".

5.48. Coloca que, em relação à gestão de riscos atinentes a passivos ambientais, invasões de faixas de domínio e obras remanescentes sob responsabilidade da VALEC, o contrato prevê que estas questões são de responsabilidade da subconcessionária, assim como, os eventuais reparos, prevenções ou remediações aos passivos relacionados às obras da FNSTC e cita o subitem 27.4:

> 27.4 A Subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro, nas hipóteses da subclásula 27.1.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

5.49. Afirma que ainda não foi celebrado Contrato Operacional Específico (COE) entre a VALEC e FNS-TN acerca do compartilhamento do pátio de Porto Nacional.

5.50. Informa, ainda, que foram adotadas "as melhores práticas regulatórias, no sentido de oferecer um ambiente de segurança jurídica adequado e, principalmente, proporcionar plenas condições concorrenciais, sempre almejando o interesse público" (peça 169, p. 9-31 e peça 173).

5.51. O Ministério da Economia considera que "os contratos das ferrovias adjacentes à FNS-TC são bastante claros e já preveem o direito de passagem", não vendo óbice à realização do leilão (peça 170).

5.52. A Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) não vislumbra nenhum fato novo superveniente e relevante que justifique a insurgência do MPTCU (peças 171-172 e 177).

Análise:

5.53. De início, observa-se que o leilão, ora impugnado, ocorreu em 28/3/2019 na Brasil, Bolsa, Balcão (B3) e teve como vencedora a Rumo Multimodal, com outorga de R$ 2,719 bilhões, sendo o ágio de 100,92 %. O contrato de subconcessão foi assinado em 31/7/2019 e se dará pelo prazo de 30 anos, sem possibilidade de prorrogação contratual, conforme consulta no sítio do Programa de Parcerias de Investimentos realizada em 9/9/2019: https://www.ppi.gov.br/ferrovia-ef-151-sp-mg-go-to-ferrovia-norte-sul.

5.54. Oportuno relembrar que a cautelar pleiteada pelo MPTCU (peça 145) foi indeferida pelo Relator *ad quem* (peça 179), em linha com a percuciente instrução da Unidade Técnica especializada, cujos fundamentos quanto ao mérito ora apreciado permanecem inteiramente válidos (peças 174).

5.55. Insta ressalvar, portanto, que os argumentos trazidos pelo MPTCU para impugnar o edital do aludido leilão encontram-se prejudicados, mormente no que se refere às cláusulas que buscam modificar os termos do edital do leilão em apreço. Não obstante isso, passa-se à análise dos argumentos carreados pelo MPTCU.

5.56. No que tange a rejeição do primeiro estágio do processo de desestatização (art. 70, inc. I, da IN/TCU 27/1998), na forma de subconcessão, ocorre que, a rigor, o TCU não deliberou no sentido de aprovar ou de rejeitar o primeiro estágio, com ou sem ressalvas, como salientou o Exmo. Ministro Augusto Nardes, ao emitir o Voto que fundamentou o Acórdão 2.979/2018-TCU-Plenário (peça 128), que deu provimento parcial ao Agravo interposto pelo recorrente.

5.57. Em verdade, esta Corte de Contas cientificou a ANTT e a Valec, demonstrando que "foram encontradas inconsistências e irregularidades que deveriam ser saneadas previamente à publicação do referido edital ou à assinatura do contrato, nos termos dos subitens 9.2 e 9.3 deste acórdão" (item 9.1 do Acórdão recorrido).

5.58. O Exmo. Ministro Augusto Nardes ponderou ainda naquela jornada que (peça 129, p. 2):

> 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:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

> 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.

5.59. Diante das manifestações de todos os órgãos governamentais envolvidos no processo de desestatização, em sede de contrarrazões, verifica-se que os estudos empreendidos pela ANTT e pela Valec, até o momento, se mostram ajustados com as escolhas regulatórias e as políticas vigentes, devendo ser observadas, a fim de aprimorar todo o processo, as determinações e as recomendações constantes nos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão recorrido.

5.60. O MPTCU requer, alternativamente, que o TCU altere algumas das determinações do item 9.2 do Acórdão recorrido e transmude algumas das recomendações contidas no item 9.4 em determinações.

5.61. Em relação ao subitem 9.2.6, a nova redação proposta pelo MPTCU retira da determinação sua parte final, propiciando à unidade jurisdicionada a manutenção da cláusula contratual desde que devidamente fundamentada, *in litteris*: "alternativamente, apresentar a este Tribunal e juntar ao processo concessório os fundamentos técnicos e jurídicos que justifiquem a manutenção da redação atual da cláusula 27.2.b da minuta de contrato".

5.62. Pondera-se, *data maxima venia*, que esta Corte de Contas não conferiu "inadequada discricionariedade para o gestor dispor sobre o contrato de forma contrária ao literal regramento imposto pela Lei de Concessões", uma vez que a manutenção da referida cláusula contratual só será possível se passar pelo crivo do Tribunal de Contas. Desse modo, não há reparos a fazer, propondo-se, por conseguinte, a manutenção integral do texto do subitem 9.2.6 do Acórdão recorrido.

5.63. De igual sorte, a anulação do subitem 9.2.8, como propõe o MPTCU, não contribuiria para o processo de desestatização, uma vez que a imposição de data limite para a conclusão das obras a cargo da Valec atende ao princípio da eficiência e estabelece prazos razoáveis para que o processo continue em seu curso normal sem atropelos, mas de forma célere e atendendo aos anseios da sociedade.

5.64. A nova redação do item 9.2.12, proposta pelo MPTCU, prevê a retirada do limite temporal inserto na referida determinação, qual seja, "anteriores à data de assunção da subconcessionária", bem como a exclusão da previsão alternativa de que o órgão jurisdicionado busque "outra solução regulatória aplicável", além de alterar a referência legal, passando do art. 23, inciso V da Lei 8.987/1995, para o §2º do art. 26 da referida norma.

5.65. Nesse sentido, cabe retomar a instrução da unidade técnica especializada pela clareza na análise da controvérsia, *in verbis* (peça 174, parágrafos 85 a 89):

> 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

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,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

> 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.

5.66. Observa-se que o §2º, do art. 26, da Lei 8.987/1995 expressamente consignou que o "subconcessionário se sub-rogará de todos os direitos e obrigações da subconcedente", mas não o fez de forma absoluta, pois o legislador ordinário asseverou que a sub-rogação dos direitos e das obrigações deve ser adequada aos "limites da subconcessão", conforme definido na parte final do referido parágrafo.

5.67. Logo, a determinação vai ao encontro da lei, atribuindo ao subconcessionário suas obrigações legais de acordo com o no §2º do art. 26, estabelecendo limites objetivos para a subconcessão. Não obstante isso, tem-se que a previsão inserta no referido parágrafo é inerente ao contrato de subconcessão, não havendo, por isso, necessidade de alteração na capitulação legal. Ademais, a alteração nesta etapa processual, em que o leilão já foi efetivado, não se mostra útil.

5.68. No tocante à determinação inserta no item 9.3, não se vê razões para sua alteração, pois como bem colocado pelo MPTCU, a Valec é "detentora de todas as informações relevantes alusivas ao histórico operacional e de investimentos na ferrovia, ninguém melhor do que a Valec para realizar o inventário dos bens que devem lastrear a subconcessão ora em exame. É exatamente nesse sentido a previsão da Lei 8.987/1995".

5.69. Dessa forma, a atuação conjunta da Valec e da ANTT para realizar o referido levantamento, como propõe o recorrente, demandaria mais tempo de coordenação e de ações conjuntas, o que vai de encontro ao princípio da celeridade e da eficiência, principalmente quando a Valec é órgão jurisdicionado mais capacitado para realizar o referido inventário.

5.70. Logo, a determinação do item 9.3 do Acórdão recorrido deve ser mantida em seu inteiro teor.

5.71. O MPTCU insurge-se também quanto à recomendação inserta no item 9.4.1, para que o prazo entre a publicação do edital e a realização do certame passe a ser de no mínimo 180 dias. Não obstante as fundadas razões que conduzem à proposta formulada pelo *Parquet*, observa-se que a recomendação exarada por esta Casa, no sentido de que a ANTT avalie conveniência de adoção de antecedência maior que 100 dias entre a publicação do edital e a realização do certame, teve por premissa os aspectos legais que envolvem a matéria, bem como a praxe adotada pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos, sendo, por isso, afeta ao poder discricionário da agência reguladora.

5.72. Por fim, requer o MPTCU que as recomendações constantes dos subitens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.5 e 9.4.9 do Acórdão recorrido passem a ser tratadas como determinações por essa Corte de Contas, devido à importância que estas melhorias podem trazer ao processo de desestatização. Todavia, não se observa na espécie a necessidade de transmudar a deliberação deste tribunal, tendo em vista que as medidas ali previstas ou se consubstanciam em aprimoramento do processo decisório da estatal ou decorrem da lei, não havendo, por isso, motivos para a alteração.

5.73. Ademais, é dever mencionar a Resolução-TCU 265, de 9/12/2014, cujo art. 2º, inciso II, preceitua que, ao expedir determinação, o Tribunal deve "explicitar o normativo, a legislação ou a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

jurisprudência que foi infringida e o fundamento legal que legitima o TCU a expedir a deliberação". Entretanto, o fundamento invocado pelo recorrente para a conversão de recomendações em determinações seria, essencialmente, a natureza cogente destas últimas, o que, a seu juízo, seria mais útil ao desenvolvimento do procedimento licitatório concluído.

5.74. Cabe ponderar, outrossim, que, tendo sido efetivado o leilão, já não é mais viável alterar a recomendação do subitem 9.4.9 do Acórdão recorrido no sentido de determinar "à ANTT que se abstenha de publicar o edital em apreço sem definir, previamente, como pretende garantir a efetividade do direito de passagem, em termos de fluxos de trabalho, métodos, rotinas, sistemas computacionais, nos termos do art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001". Mostra-se prejudicada, do mesmo modo, a mudança sugerida pelo MPTCU relativamente à recomendação contida no subitem 9.4.2, a fim de expedir determinação à agência reguladora, para que, previamente à publicação do edital, "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".

5.75. Por todas as razões expendidas, observa-se que mesmo no mérito os argumentos colacionados pelo MPTCU não merecem prosperar nesta etapa recursal, seja pela inadequação temporal, pois que visam a impugnação do edital do leilão, seja porque a matéria já foi objeto de amplo debate no tribunal.

CONCLUSÃO

6. Da análise anterior, conclui-se que o contrato já foi assinado, não sendo mais o caso de propor mudanças nas determinações e nas recomendações exaradas no Acórdão recorrido.

6.1. Ante o exposto, em sede recursal, não foi trazido aos autos nenhum argumento que detenha o condão de modificar o julgado de origem, Acórdão 2.195/2018, alterado parcialmente pelo Acórdão 2.979/2018, ambos do Plenário do TCU, motivo por que este não está a merecer reforma, devendo ser, por consequência, prestigiado e mantido.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48, da Lei 8.443/1992, c/c os art. 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU:

a) conhecer do pedido de reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar conhecimento às entidades/órgãos interessados, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, à Secretaria Especial do Programa de Parcerias e Investimentos e à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e ao recorrente da deliberação que vier a ser proferida.

TCU/Segecex/Serur/2ª Diretoria, em 25/10/2019.

(*Assinado eletronicamente*)

BERNARDO LEIRAS MATOS
Auditor Federal de Controle Externo

Matrícula 7671-6

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63198578.