

## VOTO

Examino pedido de reexame interposto a peça 108 pelo Ministério Público junto ao TCU (MPjTCU) contra o Acórdão 2.195/2018-TCU-Plenário, decorrente do 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).

2. O objeto em análise nestes autos compreende os atos preparatórios para a subconcessão de dois subtrechos ferroviários: (i) de Porto Nacional/TO a Anápolis/GO, com extensão de 855 km, que já se encontra concluído e autorizado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para o transporte ferroviário comercial de cargas; e (ii) de Ouro Verde de Goiás/GO a Estrela d'Oeste/SP (Extensão Sul), de 682 km, cujas obras ainda não estão finalizadas.

3. Por meio do acórdão ora recorrido, este Tribunal autorizou o prosseguimento da subconcessão ferroviária, desde que atendidas a uma série de determinações corretivas e consideradas algumas recomendações.

4. Irresignado com os termos do **decisum**, o MPjTCU, na pessoa do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, interpôs o presente pedido de reexame.

5. Em paralelo, diante da decisão proferida, a ANTT deu seguimento à contratação e publicou, em 30/11/2018, o edital da Concorrência Internacional 2/2018, tendo o leilão ocorrido em 28/3/2019, na Brasil, Bolsa, Balcão (B3), do qual se sagrou vencedora a empresa Rumo Multimodal, com outorga de R\$ 2,719 bilhões, ou seja, 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.

6. Anteriormente à realização do mencionado leilão, em virtude da publicação do edital pela ANTT, o **Parquet** requereu concessão de medida cautelar, **inaudita altera parte** (peça 145), para suspensão do certame, em virtude de ainda estar pendente, no TCU, a análise de seus recursos interpostos.

7. Naquela ocasião, optei por promover a oitiva prévia 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 - PPI/PR, cujos argumentos foram analisados pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuário e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia), em instrução à peça 174.

8. Acolhendo as conclusões da unidade técnica, manifestei-me, mediante Despacho à peça 179, no sentido de indeferir o requerimento de medida cautelar formulado pelo Ministério Público de Contas, haja vista a não caracterização da fumaça do bom direito, bem como à presença do perigo da demora ao reverso.

9. Feita essa breve introdução, ratifico o conhecimento do pedido de reexame interposto, consoante Acórdão 2.979/2018-TCU-Plenário, de minha Relatoria. No mérito, acompanho as conclusões da Serur pelo não provimento, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer breves comentários a respeito dos pontos que considero mais importantes.

10. O primeiro ponto que passo a comentar diz respeito à proposta do MPjTCU para rejeitar o primeiro estágio do processo de desestatização, em virtude da ausência de estudos comparativos, quantitativos e qualitativos, que fundamentem o modelo de exploração da ferrovia, confrontando as alternativas de adotar o modelo horizontal (**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 independente.

11. Tal assunto já havia sido abordado no Voto condutor do acórdão recorrido, tendo-se considerado inserido na alçada discricionária do poder concedente e aderente à política pública vigente, senão vejamos:

Saliento que esse posicionamento não significa que eu considere o modelo atual [vertical] mais adequado do que o de segregação da estrutura [horizontal/**open access**], 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.

12. Nessa mesma linha, a Serur, ao analisar os argumentos do MPjTCU, concluiu que “os estudos empreendidos pela ANTT e pela Valec, até o momento, se mostram ajustados com as escolhas regulatórias e as políticas vigentes”.

13. Friso, mais uma vez, que não se trata necessariamente de concordância acerca da modelagem vertical adotada para o certame em análise, mas tão somente constatação de que tal opção é aderente à política pública do Governo Federal, não sendo este processo o fóro adequado para a sua discussão.

14. Faz-se mister registrar que a questão do modelo ideal de concessão já foi objeto de análise específica por meio de auditoria operacional, que resultou no Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário, tendo seu monitoramento sido realizado no âmbito do Acórdão 2.876/2019-TCU-Plenário, ambos sob minha relatoria, e cujas decisões finais transcrevo a seguir:

Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário:

9.1. com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar ao Ministério dos Transportes que:

9.1.1. com amparo no princípio da motivação dos atos administrativos e no art. 17, inciso I, do Anexo I do Decreto 7.717/2012, elabore estudos técnico-econômicos que contemplem avaliações de alternativas possíveis e análise custo-benefício a fim de justificar a adoção do novo modelo para as concessões ferroviárias;

Acórdão 2.876/2019-TCU-Plenário:

9.9. considerar não atendidas as recomendações constantes no Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário (seção IX do Voto);

9.10. em consequência ao item precedente, recomendar ao Ministério da Infraestrutura, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e oportunidade de elaborar estudo técnico-econômico que contemple avaliações de alternativas possíveis (modelo vertical, horizontal ou misto) e análise custo-benefício para subsidiar a escolha da melhor modelagem para as concessões ferroviárias do país (seção IX do Voto);

15. O segundo ponto que abordo diz respeito ao tratamento supostamente indevido dado pelo Tribunal às obras inconclusas, aos vícios ocultos, aos passivos ambientais e às invasões da faixa de domínio, para os quais foram direcionadas as medidas constantes nos itens 9.2.8, 9.2.12 e 9.4.5 do **decisum**. Na visão do **Parquet**, a decisão, da forma que foi exarada, possibilitava transferir à Administração os riscos e custos deles decorrentes quando seu fato gerador fosse anterior à data de assunção da subconcessionária, situação que o recorrente considerava indesejável.

16. De acordo com o MPjTCU, “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”. Para corroborar sua afirmação, elencou as seguintes irregularidades encontradas naquela subconcessão, que poderiam ser recorrentes nesta (peça 108, p. 7):

16.1. ausência de consenso entre Valec, Vale S.A. e FNS S.A. sobre a responsabilidade por passivos ambientais e invasões da faixa de domínio;

16.2. o trecho entre Guarai/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;

16.3. aplicação indevida, sem amparo contratual, de multas à Valec pela FNS S.A., relativas à omissão na correção de passivos ambientais e construtivos;

16.4. 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.

17. A despeito da análise da Serur, no sentido de que não se verificaram ilegalidades que demandassem alterações nas medidas exaradas por este Tribunal, considero que as respectivas alegações do Ministério Público de Contas perderam seu objeto, pois a ANTT ajustou as cláusulas no edital publicado, de modo a transferir tais riscos integralmente à contratada. Vejamos:

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.

18. O último ponto que merece destaque se relaciona às recomendações constantes nos itens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.5 e 9.4.9 do Acórdão recorrido, que o recorrente solicitou que passassem a ser tratadas como determinações por essa Corte de Contas, devido à importância que estas melhorias poderiam trazer ao processo de desestatização.

19. Como bem analisou a Serur, não é a relevância da medida que a classifica como determinação ou recomendação, mas sim a necessidade de explicitar o normativo, a legislação ou a jurisprudência que foi infringida. Ou seja, é a existência de tal referência normativa que legitima o TCU a expedir determinação (art. 2º, inciso II, da Resolução TCU 265, de 9/12/2014).

20. As medidas constantes nos mencionados itens do acórdão não eram oriundas de ilegalidades, mas tão somente práticas que, se adotadas, poderiam melhorar o processo da subconcessão. Por essa razão, considera-se correta a opção feita pelo Plenário do TCU, para recomendar sua adoção, em vez de determiná-la.

Do exposto, com as vênias ao posicionamento exarado pelo **Parquet** especializado na sua peça recursal, mas verificando, na linha do aduzido pela unidade instrutiva, que não foi trazido aos autos nenhum argumento que detenha o condão de modificar o julgado de origem, VOTO por que seja adotado o acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de abril de 2020.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Relator