

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 026.071/2017-7

Natureza: Relatório de Acompanhamento

Órgãos/Entidades: 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.;
Representação legal: Sílvia Regina Schmitt (OAB/RS 58.372), representando Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A..

SUMÁRIO: 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). AJUSTES FORMAIS. NECESSIDADE DE CORREÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS E CONTRATUAIS DA OUTORGA PARA ATENDIMENTO À LEGISLAÇÃO E AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. TRATAMENTO CONTRATUAL PARA A SITUAÇÃO DE OBRAS INCONCLUSAS, PASSIVOS AMBIENTAIS E MATRIZ DE RISCO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE PASSAGEM. NECESSIDADE DE LEVANTAMENTO, PELO PODER CONCEDENTE, DO CONJUNTO DE BENS REVERSÍVEIS. REGULIZAÇÃO. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. ACOMPANHAMENTO.

RELATÓRIO

Por registrar as principais ocorrências havidas no andamento do processo até o momento, em resumo dos fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório, com os ajustes necessários e destaques do original, a instrução da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia), responsável pela análise da demanda (peça 85), que contou com a anuência do dirigente da unidade (peças 86-87):

"INTRODUÇÃO

Trata-se do primeiro estágio do acompanhamento da outorga, referente à concessão de serviço público de exploração da infraestrutura da Estrada de Ferro (EF-151), no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO e Estrela D'Oeste/SP, denominado pela ANTT por Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC), nos termos da Instrução Normativa-TCU 27/1998.

2. O presente processo foi autuado como Relatório de Acompanhamento (Racom), a partir de proposta de fiscalização formulada por esta Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) e autorizada pelo Ministro Relator Bruno Dantas, conforme Despacho de 2 de outubro de 2017 (peça 1), com o objetivo de avaliar os atos e procedimentos preparatórios para a licitação da FNS Tramo Central.

3. Essa subconcessão faz parte do Programa de Investimento em Logística (PIL) segunda etapa para ferrovias, concebido pelo Governo Federal em 2015. A aprovação do modelo operacional e das condições gerais da outorga desse trecho ferroviário foi realizada por meio do Despacho 12, de 9 de março de 2018, pelo Ministro-Substituto dos Transportes, Portos e Aviação Civil (peça 75).

4. O processo da outorga está sendo conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) sob a forma de concessão comum, regida pelas Leis 13.334, de 13 de setembro de 2016; 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; 9.074, de 7 de julho de 1995; 10.233, de 5 de junho de 2001; 9.491, de 9 de setembro de 1997 e, subsidiariamente, pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais normas vigentes sobre a matéria.

5. No decorrer do processo, foi instituída pelo TCU a Instrução Normativa-TCU 81, de 20/6/2018 (IN-TCU 81/2018), dispondo sobre a fiscalização dos processos de desestatização pelo Tribunal, entretanto a referida IN somente entrará em vigor a partir de 2019. Assim, na presente instrução será apresentada a análise de mérito desta Unidade Técnica em relação aos atos preparatórios da licitação da concessão ferroviária conforme a Instrução Normativa vigente à época do protocolo dos documentos pela ANTT.

6. Dessa forma, nos termos do art. 7º, inciso I, da IN-TCU 27/1998, a fiscalização de primeiro estágio dos processos de outorga de concessão compreende a análise dos seguintes documentos:

a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver; e

c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

HISTÓRICO

7. A Ferrovia Norte-Sul (EF-151), cuja construção se iniciou em 1987, é uma ferrovia longitudinal brasileira concebida com os seguintes objetivos (disponível em <http://www.valec.gov.br/ferrovias/ferrovia-norte-sul/a-ferrovia-norte-sul>, acessado em 5/4/2018):

a) estabelecer alternativas mais econômicas para os fluxos de carga para o mercado consumidor;

b) induzir a ocupação econômica do cerrado brasileiro;

c) favorecer a multimodalidade;

d) conectar a malha ferroviária brasileira;

e) promover uma logística exportadora competitiva, de modo a possibilitar o acesso a portos de grande capacidade; e

f) incentivar investimentos, que irão incrementar a produção, induzir processos produtivos modernos e promover a industrialização.

8. Em 2007, o trecho da FNS entre as cidades de Açailândia/MA e Porto Nacional/TO, também conhecido como 'Tramo Norte', foi licitado e está subconcedido à concessionária VLI Logística. Ressalta-se que a subconcessão se dá por força do art. 8º da Lei 11.297/2006, que outorgou a titularidade para a construção, o uso e o gozo da EF-151 entre os municípios de Belém/PA e Panorama/SP à Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. O processo de subconcessão da FNS Tramo Norte foi objeto de análise pelo TCU com base na IN-TCU 27/1998, tendo resultado no Acórdão 102/2007-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes.

9. Por sua vez, o tramo central da FNS, ora em análise, liga a cidade de Porto Nacional/TO a Estrela D'Oeste/SP e foi construído pela Valec com recursos do Orçamento Geral da União (OGU). Conforme apresentação do PIL Ferrovias 2015, anunciado em 9/6/2015, os trechos ferroviários da FNS-Tramo Central foram incluídos no programa para serem licitados à iniciativa privada (disponível em <http://pilferrovias.antt.gov.br/index.php>, acessado em 10/4/2018).

10. Posteriormente, em 13/9/2016, por meio da Lei 13.334/2016, foi criado o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) com o objetivo de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contrato de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

11. O Conselho do PPI qualificou, por meio da Resolução CPPI 2, de 13 de setembro de 2016, o trecho entre as cidades de Porto Nacional/TO e Estrela D'Oeste/SP da EF-151 para ser licitado. Com base nessa Resolução, o Presidente da República indicou o trecho ferroviário, por meio do Decreto 8.916/2016, para ser incluído na lista de empreendimentos a serem implantados por meio de novas parcerias com o setor privado.

12. Nesse contexto, a ANTT elaborou as minutas de edital e de contrato, bem como os estudos técnicos a serem submetidos ao controle social, que foi realizado por meio da Audiência Pública-ANTT 7/2017, entre os dias 27/6/2017 e 11/8/2017. Em dezembro de 2017, a ANTT aprovou o Relatório Final da Audiência Pública contendo a análise das contribuições advindas do processo de participação social (peça 51).

13. A aprovação do modelo operacional e das condições gerais da outorga desse trecho ferroviário foi realizada pelo Ministro-Substituto dos Transportes, Portos e Aviação Civil por meio do Despacho 12, de 9 de março de 2018, (peça 75). Com isso, os primeiros documentos relativos ao processo de concessão foram protocolados no TCU pela ANTT no dia 16/3/2018 (peça 28).

14. Visando agilizar o processo de análise, foram realizadas quatro reuniões entre os técnicos do TCU, da ANTT e da Secretaria Especial do PPI, para discutir aspectos técnicos dos estudos de viabilidade: demanda e estudo operacional, em 15/3/2018; engenharia, em 20/3/2018; contrato e edital, em 5/4/2018; e direito de passagem, em 11/4/2018 (peça 78).

15. Além das reuniões, a equipe elaborou questionamentos via e-mail e ofícios de diligência. Em 27/3/2018, por meio do Ofício 0159/2018-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 32), foi realizada diligência à Valec com vistas a subsidiar a análise do EVTEA, visto que era imprescindível tomar conhecimento acerca do estado atual dos contratos de execução e do recebimento das obras da ferrovia, em especial daquelas obras que ficariam a cargo da estatal concluir.

16. A tabela a seguir resume os questionamentos realizados à ANTT no âmbito da fiscalização da concessão da FNS.

Tabela 1: Resumo das comunicações com a ANTT e Valec

Diligência/Questionamento	Respostas
Ofício 0159/2018-TCU/SeinfraPortoFerrovia, de 27/3/2018 (peça 32)	- Ofício 1611/2018-PRESI (peça 36), de 5/4/2018. - Ofício 1825/2018-PRESI (peça 46), de 18/4/2018 - Ofício 1898/2018-PRESI (peça 47), de 18/4/2018
Questionamentos por e-mail em 28/3/2018 (peça 64)	- Ofício 072/2018- Sufer/ANTT, de 30/4/2018 (peça 50)
Ofício 0208/2018-TCU/SeinfraPortoFerrovia, de 17/4/2018 (peça 41)	- Ofício 091/2018-Sufer/ANTT (peça 57) - Ofício 095/2018-Sufer/ANTT (peça 58) - Ofício 105/2018-Sufer/ANTT (peça 59) - Ofício 1878/2018-PRESI, de 17/4/2018 contendo informações sobre a rescisão contratual do Lote 1S com a empresa AZVI S. A do Brasil (peça 43)
Questionamentos por e-mail em 18/4/2018 (peça 64)	- Ofício 90/2018-Sufer/ANTT (peça 52)
Questionamentos por e-mail em 3/5/2018 (peça 64)	- Ofício 107/2018-Sufer/ANTT (peça 60)
Questionamentos por e-mail em	- Ofício 110/2018-Sufer/ANTT (peça 61)

8/6/2018 (peça 64)

- Ofício 120/2008-Sufer/ANTT (peça 63)

Fonte: Elaboração própria

17. Por fim, considera-se que todos os questionamentos realizados à ANTT pela equipe de fiscalização foram respondidos.

VISÃO GERAL DA CONCESSÃO

18. O trecho objeto da subconcessão compreende o segmento ferroviário situado entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP, integrante da EF-151, que se divide em dois subtrechos: o primeiro compreendido entre Porto Nacional/TO e Anápolis/GO, e o segundo compreendido entre Ouro Verde de Goiás/GO e Estrela d'Oeste/SP, que é denominado pela Valec como Extensão Sul.

Figura 1: Localização da FNS entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP.



Fonte: Plano de outorga da FNS (peça 67)

19. O subtrecho Porto Nacional/TO - Anápolis/GO possui extensão de 855 km e já se encontra autorizado pela ANTT para o transporte ferroviário comercial de cargas, entretanto o subtrecho Ouro Verde de Goiás/GO - Estrela d'Oeste/SP (Extensão Sul), que tem 682 km, ainda não foi concluído e possui contratos de construção ainda vigentes sob a responsabilidade da Valec.

20. As principais características geométricas e construtivas da ferrovia foram definidas pela Valec quando da sua construção e são apresentadas na Tabela a seguir:

Tabela 1: Principais características geométricas e construtivas da ferrovia.

Elemento	Característica
Extensão	1537 km
Bitola	1,60 m
Rampas máximas	1,45%

Raio mínimo	343 m
Faixa de domínio	Largura de 80 m, com cerca de arame e mourões de concreto
Lastro	30 cm de altura
Capacidade de suporte da via	32,5 toneladas brutas por eixo
Dormentes	Tipo monobloco de concreto protendido, a uma taxa de 1.667 dormentes/km.
Trilhos	TR 57 (Porto Nacional/TO - Anápolis/GO), UIC 60 (Extensão Sul)

Fonte: Plano de Outorga da FNS (peça 67)

21. As diretrizes acerca da política pública a ser alcançada foram estabelecidas pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) por meio da Nota Informativa Conjunta 10/2017-DEOUT-SNTTA/DP-SFP/2017 (peça 21, p.5). Esse documento orienta que a exploração da ferrovia se dará por meio do modelo verticalizado, que prevê a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura ferroviária já construída. Nesse modelo de exploração a subconcessionária assume o risco de demanda, responsabilizando-se por operar e manter a infraestrutura ferroviária construída pela Valec.


22. A subconcessão se dará pelo prazo de 30 anos, sem a possibilidade de prorrogação contratual. A licitação será realizada na modalidade de leilão, mediante critério de maior valor de outorga, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei 8.987/1995 e permitirá a participação de atores internacionais. O leilão será realizado por intermédio da empresa financeira Brasil, Bolsa, Balcão (B3 S.A), sucessora da Bolsa de Valores de São Paulo.

23. Outras premissas específicas da modelagem jurídica estão resumidas na Figura 2, a seguir.

Figura 2: Premissas específicas da modelagem jurídica

Participação	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Licitação: <ul style="list-style-type: none"> – Pessoas jurídicas brasileiras, estrangeiras, entidades de previdência complementar, e fundos de investimento – Isoladamente ou em forma de consórcio
Qualificação	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Licitação: <ul style="list-style-type: none"> – Regularidade jurídica – Qualificação econômico-financeira – Regularidade fiscal – Qualificação técnica
Garantia de proposta	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Prestação: <ul style="list-style-type: none"> – Dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária – Prazo (mínimo) de validade de 1 ano
Garantia de acesso	<ul style="list-style-type: none"> – Garantir capacidade para terceiros interessados – Parâmetros pré-definidos de desempenho para a prestação do serviço e manutenção da infraestrutura ferroviária (Especificações Técnicas Mínimas)
Tributação	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Regime padrão de tributação <ul style="list-style-type: none"> – Assumidos os benefícios típicos (REIDI e REPORTO)
Indenização	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sem qualquer indenização à Subconcessionária ao final da concessão <ul style="list-style-type: none"> – Exceção para os investimentos não amortizados (e não depreciados)
Obrigações para expansão de capacidade	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Subconcessionária obriga-se a manter Indicador de Saturação da Ferrovia (ISF) <ul style="list-style-type: none"> – Sempre abaixo de 90% – Promoção de intervenções e investimentos necessários à expansão da capacidade da Ferrovia

FONTE: ANTT.



Fonte: Apresentação da ANTT (peça 78)

24. Estão previstos investimentos da ordem de R\$ 2,8 bilhões (data-base dezembro/2017), conforme apresentado na Tabela 3:

Tabela 3: Resumo dos investimentos previstos no Capex

Descrição	Total (R\$)	%
Passagens em nível	24.058.662,60	0,9%
Passagens inferiores	3.231.710,93	0,1%
Linhas de transmissão	7.673.408,91	0,3%
Serviços Gerais (Instalações fixas e mobilização)	10.024.089,70	0,4%
Marcos quilométricos	248.640,55	0,0%
Sistema de proteção dos pilares da ponte rio grande	1.199.946,47	0,0%
Pátio Estrela d'Oeste/SP	11.078.588,45	0,4%
Detectores de descarrilamento	3.742.421,93	0,1%
Sistema de licenciamento e sinalização	93.654.082,61	3,4%
Equipamentos e material rodante para manutenção e atendimento de acidentes	160.323.019,84	5,7%
Material rodante para o transporte ferroviário	2.069.229.401,78	74,2%
Instalações Fixas (postos de abastecimento / oficina de manutenção / Terminal)	228.492.832,83	8,2%
Obras remanescentes Valec (lotes 4S / 5S / 5SA)	175.798.429,16	6,3%
TOTAL GERAL	2.788.755.235,75	100%

Fonte: Plano de Outorga (peça 67)

25. 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. Importante destacar que a tarifa cobrada pelo transporte de cargas é livremente negociada com os usuários, contudo fica limitada ao valor da tarifa de referência (tarifa-teto).

26. A metodologia empregada na avaliação econômica do projeto foi a do Fluxo de Caixa Descontado (FCD) a preços constantes, descontado a uma taxa que corresponde ao Custo Médio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital - WACC*). Para o presente caso, a taxa adotada para o WACC, de 11,04%, foi obtida a partir da metodologia contida na Nota Técnica 016/SUEXE/ANTT/2015. O resultado da modelagem indicou o valor mínimo da outorga de R\$ 1.097.042.832,16 (data-base dezembro/2017).

EXAME TÉCNICO

I. Completude dos estudos encaminhados ao TCU

27. Os estudos de viabilidade foram submetidos ao controle social na Audiência Pública 7/2017 (AP007) e o seu relatório final (peça 51), contendo a análise das contribuições, foi aprovado pela Diretoria da ANTT por meio da Deliberação 520, de 21 de dezembro de 2017 (peça 68).

28. Após a análise das contribuições a ANTT realizou diversas alterações que resultaram no EVTEA encaminhado ao Tribunal. O EVTEA resultante é composto dos seguintes documentos:

- a) Caderno de Demanda pós AP007 e respectivos anexos 1 a 7;
- b) Caderno Operacional pós AP007 e respectivos anexos 1 a 11;
- c) Cadernos de Engenharia:
 - i. Volume I - Caderno da Engenharia Descritivo pós AP007 e anexo I;
 - ii. Volume II - Caderno de Engenharia Memórias pós AP007 e respectivos anexos I a VI;
- d) Caderno Meio Ambiente pós AP007 e respectivos anexos I a XII;
- e) Caderno da Modelagem Econômico-Financeira pós AP007 e Planilha da Modelagem Econômico-Financeira; e
- f) Documentos Jurídicos (minutas de contrato e de edital).

29. Além do EVTEA foram encaminhados: plano de outorgas aprovado pelo Ministro-Substituto dos Transportes, Portos e Aviação Civil e outros documentos que fundamentaram a decisão

ministerial pela aprovação da outorga ora em análise (peça 28).

30. No decorrer da análise verificou-se a necessidade do encaminhamento, pela ANTT, de informações adicionais aos documentos supracitados, em especial no que tange ao exercício do Direito de Passagem. **A resposta final de u-se por meio do encaminhamento do Ofício 095/2018-Sufer/ANTT (peça 56), de 4/6/2018 e do Ofício 105/2018-Sufer/ANTT (peça 59), de 8/6/2018, data em que se considerou que os estudos foram encaminhados de forma completa e definitiva para efeito da contagem do prazo de que trata o art. 7º, inciso I, da IN TCU 27/1998.**

I.1. Audiência pública

31. A Audiência Pública é uma importante etapa na formulação do EVTEA do empreendimento, pois, nesta ocasião, podem ser apontadas possíveis falhas e pontos de melhoria nos estudos pelos diversos *stakeholders*. Trata-se de um importante insumo para a análise da desestatização pelo TCU, pois além de possibilitar a verificação da regularidade da análise e da internalização do resultado da Audiência pela ANTT, permite o levantamento das principais questões a serem observadas no estudo quanto a critérios de risco, materialidade e relevância.

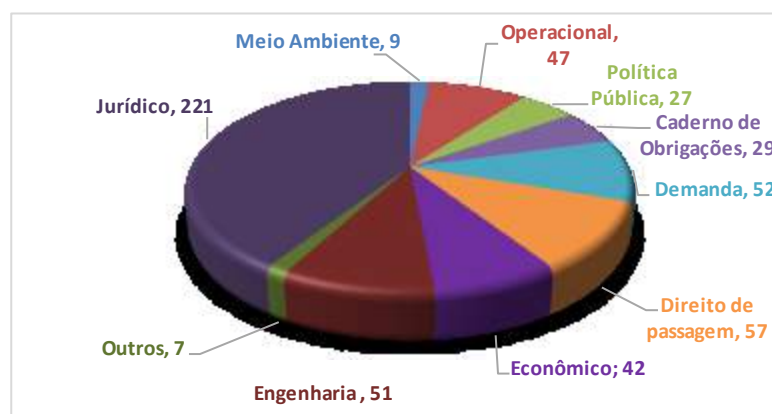
32. Dessa forma, a análise minuciosa do relatório final da Audiência Pública 7/2017 (peça 51) é o ponto de partida para a definição do escopo e do não-escopo da presente fiscalização.

33. O procedimento de Audiência Pública no âmbito da ANTT é regulamentado pela Resolução-ANTT 3.705, de 10/8/2011. Seguindo os ditames dessa Resolução a Agência disponibilizou no seu sítio eletrônico, em 27/6/2017, a documentação relativa à presente subconcessão. Foram disponibilizados para escrutínio popular, além dos documentos já elencados no item anterior, nota técnica que trata dos termos aditivos para o compartilhamento da infraestrutura e as minutas dos termos aditivos aos contratos de concessão da Estrada de Ferro Carajás, da Ferrovia Norte Sul S.A., da Ferrovia Transnordestina S.A., da MRS Logística S.A., da Rumo Malha Paulista. Tais documentos dizem respeito à regulamentação do direito de passagem, ponto fundamental no processo de subconcessão da FNS, uma vez que tal ferrovia não possui acesso direto aos portos, principal destino das cargas.

34. As contribuições foram encaminhadas à Agência do dia 27/6/2017 até o dia 11/8/2017, eletronicamente, por meio de Formulário de Envio de Contribuições, disponível no sítio da ANTT, pela via postal ou pessoalmente e, ainda, durante as sessões presenciais. Foram realizadas sessões presenciais nas cidades de Goiânia/GO, Palmas/TO, Uberlândia/MG, São Paulo/SP e Brasília/DF (peça 51, p. 6).

35. Os estudos e as minutas de edital e de contrato receberam um total de 117 manifestações que resultaram em 542 contribuições pontuais analisadas pelas equipes da Superintendência Ferroviária da ANTT (Sufer/ANTT), que as classificou em: ‘contribuição aceita’, ‘contribuição parcialmente aceita’, ‘contribuição já analisada em outro item XX’ e ‘contribuição rejeitada’, conforme distribuição do gráfico a seguir:

Gráfico 1: Contribuições analisadas na Audiência Pública-ANTT 7/2017



Fonte: Apresentação da ANTT sobre os estudos de demanda (peça 78)

36. Posteriormente, os documentos referentes à licitação e as análises das contribuições pelo corpo técnico foram enviados à Procuradoria Federal da AGU junto à ANTT (PF/ANTT) que se manifestou favorável ao prosseguimento do certame. Com isso, o processo retornou à Sufer/ANTT para que se efetuassem as retificações de cunho jurídico propostas pela PF/ANTT.

37. Por meio da Deliberação ANTT 86, de 16 de fevereiro de 2018, a Agência propôs ao MTPA, nos termos do inciso III do art. 24 da Lei 10.233/2001, o Plano de Outorga para a subconcessão do trecho ferroviário compreendido entre os municípios Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP, integrante da EF-151, Ferrovia Norte-Sul.

38. Em 12/3/2018, o Plano de Outorga proposto foi aprovado pelo Ministro Substituto, Fernando Fortes Melro Filho, no Diário Oficial da União (peça 75). Por fim, os estudos (peças 28) foram protocolados pela ANTT no TCU em 16/3/2018.

1.2. Análise da Audiência Pública

39. Inicialmente é importante destacar que na análise do processo de Audiência Pública não foi encontrado nenhum indício de irregularidade que pudesse provocar a intervenção do Tribunal. Quanto ao conteúdo da Audiência, foram identificados possíveis pontos de controle a serem verificados no presente acompanhamento. Por outro lado, percebeu-se também pontos levantados na Audiência Pública que apresentam baixa relevância, risco ou materialidade e que, portanto, não farão parte do escopo da presente análise.

40. Entre os pontos relevantes discutidos na Audiência destaca-se a necessidade do estabelecimento de regras claras para o direito de passagem na FNS, ponto considerado crucial pelos contribuintes para a atratividade do leilão, pois a ausência de regras claras poderia afastar possíveis interessados no certame ou mesmo então incutir-lhes uma percepção maior de risco.

41. Outro ponto de destaque dentre as contribuições diz respeito aos estudos de demanda, principalmente sobre divergências entre o estudo da FNS e o estudo feito para embasar a prorrogação do trecho ferroviário conhecido como Malha Paulista. Também foram feitos questionamentos acerca do subdimensionamento das estimativas, dos parâmetros referenciais de tarifas, principalmente no tocante a custos, e da ausência do transporte de cabotagem no modelo.

42. Também foram destaques na Audiência Pública as contribuições e os questionamentos sobre os estudos operacionais. As questões versaram basicamente sobre dois principais aspectos. O primeiro diz respeito à necessidade do estabelecimento de regras claras para a interoperabilidade das ferrovias e o segundo diz respeito ao cálculo da frota necessária, locomotivas e vagões, para atender a demanda projetada.

43. O Caderno de Engenharia também recebeu diversas contribuições. Entre os pontos relevantes cita-se a questão das obras que aguardam ser concluídas pela Valec, o dimensionamento da frota operacional, a definição de critérios para os sistemas de licenciamento, de sinalização e de telecomunicações a serem utilizados na operação da ferrovia em todos os seus trechos, a quantidade de terminais, postos de abastecimento e oficinas, a quantidade de passagens de nível e de detectores de descarrilamento.

44. O Caderno de Obrigações, por sua vez, recebeu algumas contribuições, principalmente no que se refere ao conjunto de especificações técnicas mínimas e aos parâmetros de desempenho a serem cumpridos pela subconcessionária e fiscalizados pela Agência.

45. Outro ponto relevante identificado na Audiência Pública diz respeito aos instrumentos jurídicos, os pontos que dizem respeito às regras de compartilhamento da infraestrutura ferroviária e dos recursos operacionais, ao limite de dispersão tarifária, aos valores de outorga e de remuneração, às operações acessórias, às atividades alternativas, às especificações técnicas mínimas e à alocação de riscos.

46. O Caderno de Meio Ambiente recebeu poucas contribuições. Dentre os assuntos tratados nesse tópico, foram questionados a possibilidade da subconcessionária assumir as condicionantes ambientais que ficariam a cargo da Valec, o valor da correção das ocorrências ambientais e a situação do cumprimento das condicionantes das licenças.

47. O modelo econômico-financeiro, por sua vez, recebeu diversas contribuições, sendo que se sobressaem as questões relativas à política tarifária: tarifa-teto, tarifa do direito de passagem e receitas acessórias e alternativas.

48. Por fim, foram levantadas diversas questões sobre a política pública, principalmente no que diz respeito à manutenção do modelo verticalizado de concessão e à realização da licitação da FNS antes da definição quanto à prorrogação das concessões adjacentes.

49. Esses foram os principais subsídios trazidos pela Audiência Pública que serão levados em consideração para a definição do escopo e do não-escopo da presente instrução.

II. Delimitação do escopo e do não-escopo do trabalho

50. Tendo em vista a complexidade dos estudos e o prazo exíguo para sua avaliação, a ANTT promoveu uma sequência de apresentações (peças 78) aos técnicos do Tribunal relativas aos estudos de demanda, aos estudos operacionais, ao caderno de obrigações, às minutas de edital e de contrato e ao direito de passagem. Além disso, foram realizadas requisições de informações por meio eletrônico como forma de obter maior detalhamento sobre os assuntos tratados.

51. Considerando as discussões realizadas nas reuniões técnicas, os pontos de controle verificados no relatório da Audiência Pública, a experiência profissional da equipe de auditoria e os critérios de risco, materialidade e relevância, foram delimitados o escopo e o não-escopo da presente auditoria.

52. O primeiro ponto identificado com alto risco e relevância para o certame diz respeito à necessidade do estabelecimento de regras claras para o direito de passagem na FNS previamente à publicação do edital. Nesse sentido, o tema será aprofundado na presente análise.

53. Outro ponto relevante identificado diz respeito à confiabilidade dos estudos de demanda, cujos resultados impactam diretamente a receita e a necessidade de investimentos, sendo ponto determinante da viabilidade econômico-financeira do empreendimento. Dessa forma, referidos estudos farão parte do escopo de análise.

54. Com relação aos estudos operacionais, nas reuniões com a ANTT verificou-se a alta materialidade que envolve os investimentos em frota, bem como, o risco de o cálculo realizado não refletir a realidade do empreendimento. Nesse sentido, também fará parte do escopo da presente análise o cálculo da frota necessária de locomotivas e vagões para atender a demanda projetada. Também com relação a esse assunto será analisada a solução dada pela ANTT para tratar da interoperabilidade entre a FNS e as concessões adjacentes, visando garantir o direito de passagem.

55. Com relação ao Caderno de Engenharia, o principal risco percebido pela equipe diz respeito à conclusão das obras que ficaram a cargo da Valec, com relação aos prazos e à forma de recebimento pela nova concessionária. Relacionado a esse ponto, no que diz respeito ao Caderno de Obrigações, em função da sua relevância para a execução futura do contrato, fará parte do escopo da presente análise a adequação do conjunto de especificações técnicas mínimas e os parâmetros de desempenho a serem cumpridos pela subconcessionária.

56. Nesse ponto, também é relevante verificar se os parâmetros técnicos e operacionais dos trechos já construídos e daqueles que ainda serão entregues pela Valec estão de acordo com os requisitos exigidos contratualmente pela ANTT. Por outro lado, os demais itens que compõem o Caderno de Engenharia não são materialmente relevantes e não foram identificados riscos que justificassem o aprofundamento nesta etapa.

57. Com relação aos instrumentos jurídicos, de forma geral não se verificou riscos específicos relevantes. Contudo, devido à transversalidade dos assuntos tratados e à sua ligação com as cláusulas editalícias e contratuais, faz-se necessária a análise de alguns tópicos desses documentos, como por exemplo: bens da concessão (Anexo 5 da minuta do contrato); regras de compartilhamento da infraestrutura ferroviária e dos recursos operacionais; valor de outorga e remuneração da concessionária; operações acessórias e atividades alternativas; especificações técnicas mínimas (Apêndice B do Anexo 1 da minuta do contrato); e adequação da matriz de alocação de riscos e a sua compatibilidade com a versão final do EVTEA. Também foi considerada relevante a análise do Limite de Dispersão Tarifário (Anexo 4 à minuta do contrato), pois trata-se

de uma ferramenta nova que gerou debate na fase de audiência pública.

58. Apesar de não terem sido identificados riscos relevantes nos estudos ambientais, fará parte do escopo da presente instrução a questão específica da alocação de riscos quanto aos passivos ambientais, em decorrência das obras que ainda não foram concluídas pela Valec.

59. Devido à sua relevância na viabilidade do empreendimento, também fará parte do escopo da presente análise os estudos econômico-financeiros no que diz respeito à política tarifária; à correção das planilhas; aos cálculos efetuados; às premissas utilizadas; à tributação; ao cálculo do valor mínimo de outorga; aos investimentos em bens de capital (Capex) mais relevantes; e aos índices utilizados. Por outro lado, não será objeto de análise: o valor da taxa desconto do fluxo de caixa do projeto (WACC); o modelo de precificação do retorno/risco do capital próprio (CAPM); os investimentos materialmente não relevantes em bens de capital (*Capital expenditure* - Capex) e em custos operacionais (*Operational expenditure* - Opex).

60. Por fim, não serão objetos da presente análise questões sobre a política pública, mormente no que diz respeito à manutenção do modelo verticalizado de concessão e à realização da licitação da FNS antes da definição quanto à prorrogação ou não das concessões adjacentes.

61. Dessa forma, resumidamente, o escopo da presente auditoria pode ser definido como:

- a) as premissas do estudo de demanda;
- b) os principais investimentos em Capex: conclusão dos lotes 4S, 5S e 5SA e aquisição de frota operacional;
- c) as obras remanescentes a cargo da Valec;
- d) o estudo operacional e o estudo de capacidade;
- e) o direito de passagem;
- f) os parâmetros técnicos operacionais e de desempenho;
- g) a adequação da planilha econômico-financeira;
- h) a tarifa-teto da subconcessão e a tarifa do direito de passagem;
- i) as receitas acessórias e alternativas;
- j) o valor de outorga e a sua amortização; e
- k) os seguintes itens dos instrumentos jurídicos: os bens da concessão, as regras de compartilhamento da infraestrutura ferroviária e dos recursos operacionais, o valor de outorga e a remuneração, as especificações técnicas mínimas, a alocação de riscos e o Limite de dispersão tarifária.

62. Por outro lado, definiu-se como não-escopo:

- a) a taxa de desconto do fluxo de caixa do projeto (WACC);
- b) as estimativas de custos operacionais (Opex);
- c) os investimentos obrigatórios materialmente não relevantes (passagens em nível e inferiores, remanejamento de linhas de transmissão, implantação de marcos quilométricos, sistema de proteção da ponte sobre o Rio Grande, implantação do pátio de Estrela d'Oeste/SP, implantação de detectores de descarrilamento, implantação do sistema de licenciamento e sinalização da via e implantação de instalações fixas);
- d) a variação no capital de giro;
- e) as premissas de política pública definidas pelo MTPA;
- f) os instrumentos jurídicos, com exceção dos referidos itens incluídos no escopo; e
- g) o estudo ambiental, com exceção dos passivos ambientais a cargo da Valec.

III. Viabilidade Técnica

63. Os estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental (EVTEA) são os documentos mínimos necessários para avaliar as condições e o potencial valor para o negócio que será licitado. Tais estudos são elaborados a partir de premissas adotadas pela Agência reguladora e pelo Poder Concedente e das condições existentes, que servem de fundamentação para a modelagem econômica. Na sequência, procede-se à análise dos principais estudos que impactam na modelagem.

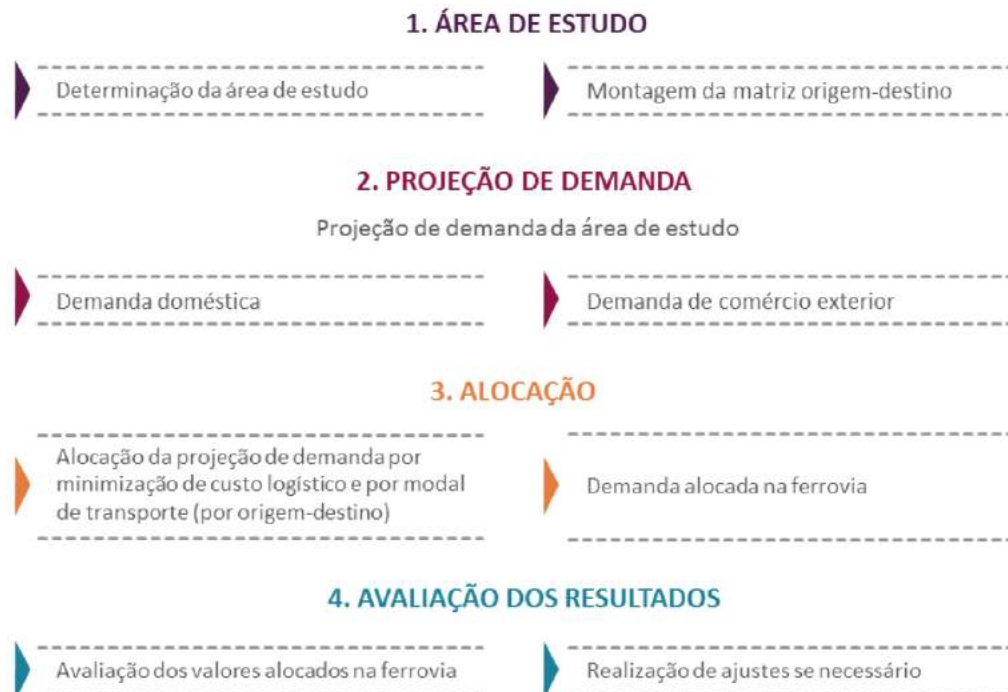
III.1. Estudos de Demanda

64. Os cálculos de projeção da demanda futura de transportes durante o prazo de concessão da FNS foram apresentados no Relatório ‘Caderno de Demanda, Ferrovia Norte-Sul: Trecho Porto Nacional/TO - Estrela D’Oeste/SP’ (peça 70). A ANTT consignou que o estudo de demanda foi elaborado com a ajuda do Laboratório de Transporte e Logística da Universidade Federal de Santa Catarina (LabTrans/UFSC). Nessa seção, será explicada a metodologia apresentada no referido relatório e, logo após, será procedida a análise do modelo.

65. Os cálculos apresentados pela ANTT são inteiramente dependentes das matrizes origem-destino disponibilizadas pela Empresa de Planejamento e Logística (EPL) em seu sítio eletrônico, as quais foram obtidas com base na metodologia de projeção de demanda do sistema chamado Plano Nacional de Logística (PNL). A versão final do PNL somente foi aprovada pelo Conselho do PPI, consoante Resolução 45, de 2/7/2018. Quando da análise, o PNL se encontrava em fase de ajustes após o recebimento de contribuições da Consulta Pública 1/2017, da EPL, motivo pelo qual será considerada a base de dados do referido Plano, para fins de sistematização da análise empreendida nesse relatório de primeiro estágio da subconcessão da FNS.

66. A metodologia utilizada para a realização do estudo de demanda se baseou em quatro etapas: delimitação da área de estudo, projeção de demanda, alocação da demanda à FNS e avaliação dos resultados, conforme indicado na Figura 3 a seguir.

Figura 3 - Etapas da Metodologia de Projeção de Demanda



Fonte: Caderno de Demanda (peça 70, p. 7)

67. Na delimitação da área de estudo, definiu-se a região geográfica na qual se espera que a influência da malha ferroviária da FNS seja relevante. Após, procedeu-se à projeção irrestrita e

não-distribuída de toda a demanda futura de transportes no âmbito doméstico (origem e destino domésticos) e de comércio exterior (origem ou destino internacional). Para isso, foram definidos os grupos de produtos relevantes para a FNS.

68. No que tange à demanda doméstica, para a montagem das matrizes origem-destino da FNS, utilizou-se como fonte primária de dados as matrizes origem-destino do sistema do PNL para os anos base 2015, 2020, 2025, 2030 e 2035. Essas matrizes são resultado da aplicação de metodologia de projeção de demanda esperada de transportes de carga para fins de avaliação da situação da malha logística no âmbito do Plano Nacional de Logística (PNL).

69. Para a projeção da demanda da FNS - Tramo Central, foram expurgadas das matrizes do PNL as origens e os destinos que não se encontravam na área de influência da ferrovia e que não dizem respeito aos grupos de produtos relevantes para a ferrovia.

70. Tendo como base essas matrizes menores derivadas dos dados do PNL, procedeu-se à interpolação dos dados tendo como variável *proxy* a projeção do PIB do estado em que cada microrregião da área de influência está inserida. Para os anos após 2036, nos quais não há matriz do PNL disponível, o modelo foi extrapolado por meio de uma suavização pela aplicação de taxa de variação anual, com base na média de variação dos últimos três anos.

71. Quanto à demanda de comércio exterior, a definição de grupos de produtos necessitou de uma compatibilização das categorias de produtos com as utilizadas para a projeção da demanda doméstica. Para isso, foi utilizado o código de detalhamento de produtos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) para a agregação dos dados de fluxos de importação e exportação provindos da base de dados do AliceWeb - sistema oficial de estatísticas do comércio exterior, mantido pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC) - com os grupos de produtos definidos em fase anterior.

72. Após a compatibilização, utilizou-se dos dados do AliceWeb para os produtos relevantes, passou-se à projeção de crescimento com base em modelo econométrico multivariado. Para isso, procedeu-se, com algum nível de significância estatística não apresentado no Relatório, à regressão multivariada de uma dada equação econométrica. De acordo com a hipótese do modelo, a equação multivariada resultante explicaria as variações dos fluxos de importação e exportação em momentos passados e, por isso, poderia se estimar os fluxos futuros.

73. A equação econométrica utilizada adotou como variáveis explicativas os seguintes índices: PIB doméstico, taxa de câmbio real, preço das commodities e PIB do país estrangeiro destino de cada produto, sendo que as três primeiras explicariam o comportamento do fluxo de importações e as três últimas, o fluxo de exportações.

74. A demanda total de transportes para a área de influência é a soma da demanda doméstica projetada com a demanda de comércio exterior. Após a projeção, passou-se para a fase de alocação de fluxos de transporte para a ferrovia. A alocação dos fluxos de transporte é a fase em que se delimitam os caminhos mínimos para determinado produto, dentro das várias possibilidades de transporte entre a origem e o destino considerados.

75. No entanto, para isso, foi previamente definido um cronograma provável de entrada em operação de projetos de infraestrutura em transportes no Brasil nos anos de vigência da subconcessão da FNS, chamado, pela metodologia do presente estudo, de 'cenário de infraestrutura tendencial corrigido'. A entrada em operação de novos empreendimentos ao longo dos anos de operação do projeto tende a criar dinâmica de transmutação da configuração dos fluxos de transporte considerados, pois esses fluxos tendem, de acordo com o modelo, a adotar os caminhos mínimos de custos ou de tempo, a depender da variável a ser considerada na otimização geral do modelo (impedância).

76. Desta feita, para a montagem do 'cenário de infraestrutura tendencial corrigido', foi considerado para cada modal de transporte (rodoviário, ferroviário, hidroviário) uma graduação temporal de início de operação de projetos de transporte, dentro do horizonte do projeto, em três momentos de controle (2015, 2025 e 2035). Após definido o cenário de infraestrutura tendencial corrigido, procedeu-se à alocação de cargas para a ferrovia seguindo o processo de otimização dos

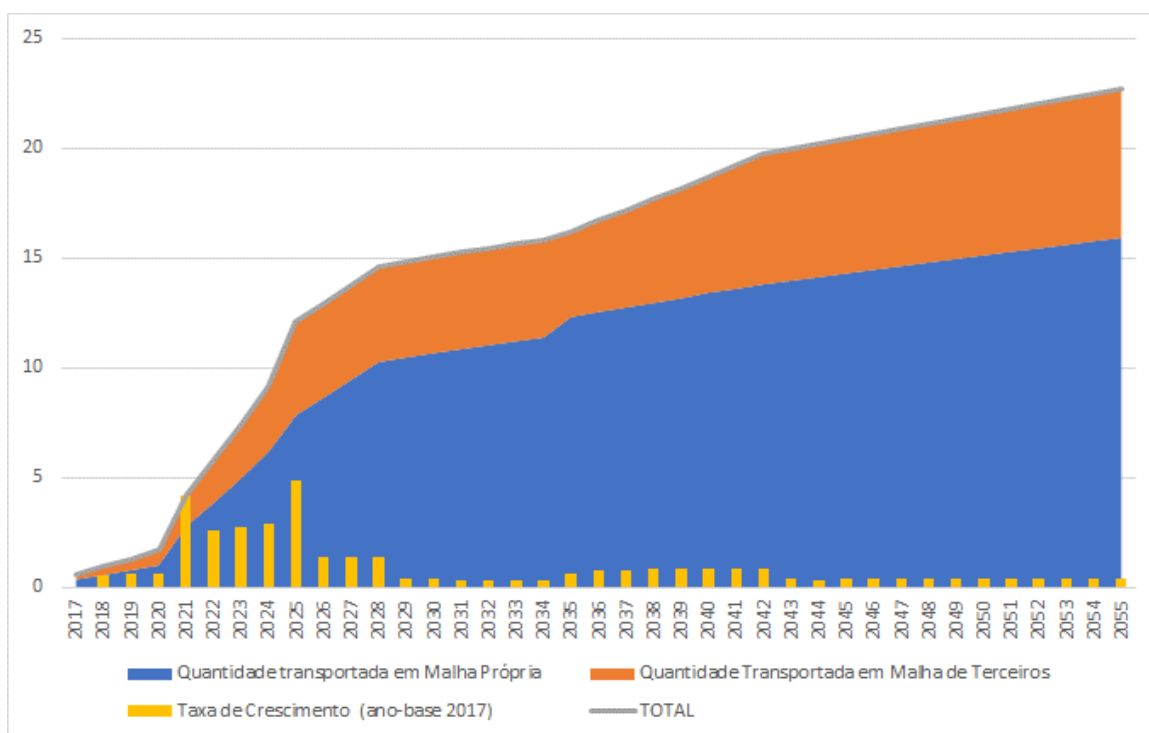
caminhos pelos custos mínimos, por meio do sistema SisLog, desenvolvido pelo LabTrans/UFSC para a ANTT.

77. O cômputo dos custos mínimos depende da definição dos custos a serem considerados em cada modal de transporte. Para o modal rodoviário, seguiu-se metodologia de simulações de custo de operação apresentada na Resolução-ANTT 4.810, de 19 de agosto de 2015. Para o modal ferroviário, foram utilizados os valores das tarifas médias conforme a natureza de carga e a faixa de distância transportada. Para o modal hidroviário, foram considerados custos utilizados nas simulações logísticas do Plano Nacional de Integração Hidroviária (PNIH).

78. Ressalta-se que, além dos custos inerentes a cada tipo de modal, foram considerados os custos comuns a qualquer transporte de cargas, como, por exemplo, custos de transbordo, estoque, seguro e de perda de carga.

79. A série temporal calculada indica que a FNS iniciará operação absorvendo demanda de 0,60 milhões de toneladas úteis (TU) em 2017. Ainda, aponta para um crescimento médio de 12,96% ao ano ao longo dos 30 anos da subconcessão ferroviária, conforme apresentado na Figura 4.

Figura 4: Projeção de demanda da FNS - Trecho entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP (em MTU)



Fonte: Elaboração própria, a partir de projeção de demanda da ANTT.

80. Destaca-se nitidamente três fases distintas da evolução da demanda ao longo dos anos: período inicial de *ramp-up* (2017 a 2020), em que a curva de demanda foi artificialmente suavizada; período intermediário de crescimento vigoroso da quantidade transportada com absorção acelerada de todas as cargas predispostas (2021 a 2028), e; período de estabilização com baixo crescimento (2029 a 2048).

81. **Deve-se ressaltar que o modelo mostra a tendência natural da FNS ao longo do período da subconcessão: ser importante eixo de escoamento da produção de grãos do centro-oeste do Brasil.** Segundo a projeção, em que pese, nos dois primeiros anos, o transporte de carga geral levemente ultrapassar o segundo grupo de produtos mais transportado (granel sólido agrícola), o crescimento médio anual do transporte de graneis agrícolas (15,13%) é mais alto que o de carga geral (13,18%), de modo que, no ano de 2046, 43,57% da carga pertencem a esse grupo de produtos, enquanto que o de carga geral atinge apenas 28,08%, seguido de graneis sólidos não agrícolas (20,05%) e graneis líquidos (8,30%).

82. Segundo o Caderno de Demanda (peça 70), dentre as cargas alocadas na carga geral, destacam-

se aqueles referentes ao mercado doméstico, que incluem cargas containerizadas, entre a Região Sudeste e a Região Norte do país. Já no grupo de produtos grãos sólidos agrícolas, destacam-se os grãos de soja e milho, com predominância dos fluxos para exportação.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

83. A presente avaliação do estudo de demanda teve como escopo a análise da consistência da metodologia do modelo apresentado pela ANTT e sua coerência a fim de se avaliar se a projeção calculada reflete com bom grau de precisão a demanda futura de transportes da nova ferrovia a ser subconcedida.

84. Por outro lado, constitui não-escopo a análise da correção dos valores computados na projeção de demanda da FNS, a análise da correção das matrizes de origem e destino providas do PNL que alimentam o modelo de projeção de demanda da FNS e, por último, a análise aprofundada da consistência e coerência da metodologia do modelo de projeção do PNL do qual se originam os dados que alimentam o modelo de projeção da FNS, brevemente comentada acima.

Ausência de consideração das restrições de capacidade das ferrovias que se ligam a FNS

85. O Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, que aprovou, com ressalvas, o primeiro estágio de acompanhamento do processo de outorga de concessão para exploração da infraestrutura de transporte ferroviário, EF - 354, no trecho Lucas do Rio Verde/MT - Campinorte/GO, determinou em seu item 9.3.3 que a ANTT, nas próximas concessões de infraestrutura ferroviária:

‘9.3.3. incorpore o impacto das limitações de capacidade operacional das ferrovias atualmente concedidas na demanda prevista para o trecho em estudo, bem assim para os demais trechos a serem concedidos’

86. A origem de tal determinação está no fato de que o estudo de demanda daquele projeto considerava que os fluxos de carga que demandavam o trecho ferroviário em estudo poderiam se utilizar de qualquer meio logístico contíguo sem qualquer restrição quanto à capacidade operacional intrínseca de cada um, sendo considerado, portanto, meios de transporte irrestritos quanto à sua saturação.

87. Sabe-se que o objetivo primordial da FNS se constitui na exportação de produtos minerais e agropecuários. Para cumprir esse objetivo, mostra-se necessário garantir meios suficientes (capacidade) para que a carga possa percorrer, seja por direito de passagem ou por tráfego mútuo, as ferrovias que dão acesso aos principais portos de exportação.

88. Logo, se não houver consideração no estudo de demanda sobre as restrições de capacidade operacional das demais ferrovias para o escoamento da carga captada, haverá grande possibilidade de que o estudo de demanda apresentado contenha falhas. Ademais, a restrição de capacidade na via também poderá afetar o exercício do direito de passagem pela nova concessionária, conforme será abordado em tópico específico desta instrução. Por isso, foi então indagado à ANTT por questionário (peça 64, p. 7) se a Agência havia considerado as restrições de capacidade operacional dos meios logísticos adjacentes à ferrovia.

89. Em resposta, por meio do Despacho 194/2018/Gerof/Sufer/ANTT (peça 63), de 27/6/2018, em síntese a ANTT consignou que entre os anos de 2018 e 2022 apenas o segmento Mirassol (ZMO) - Rio Preto Paulista (ZRU), localizado na Malha Paulista, indicaria restrição de capacidade operacional e concluiu que intervenções locais para a melhoria da eficiência do trecho seriam suficientes para a eliminação dessa restrição.

90. De toda sorte, considerando que a FNS será dependente das malhas adjacentes, não basta concluir pela possibilidade de restrição de capacidade, mas, sabendo dessa restrição, a ANTT deveria apontar, no cenário de escassez de capacidade, como a Agência irá atuar em caso de conflito entre as concessionárias, principalmente devido ao fato de que os atuais contratos de concessão estão se aproximando do final de sua vigência (previsão para 2027) e por ainda haver incerteza sobre a decisão entre a prorrogação contratual das concessões vigentes ou a realização, daqui a alguns anos, de novo certame licitatório.

91. Deve-se mencionar que a estruturação contratual das concessões vigentes não prevê expressamente a obrigatoriedade de se realizar investimentos e desestimula que as concessionárias realizem, no final da vigência do contrato, investimentos para ampliação da capacidade, que, em tese, não poderia ser amortizada. Portanto, na atual estrutura, entende-se como improvável acontecer, por iniciativa própria das concessionárias adjacentes à FNS, intervenções para a ampliação da capacidade, mesmo as de pequena monta, na estrutura ferroviária.

92. Dessa forma, deve ser comprovado que as discrepâncias entre a demanda prevista e capacidade instalada nas ferrovias porventura existentes, até o final da vigência dos atuais contratos de concessão, sejam de pouca relevância a tal ponto que seja possível a sua adequação à demanda pelas concessionárias atuais por meio de simples intervenções pontuais.

93. Ante o exposto, haja vista já haver determinação no mesmo sentido, conforme item 9.3.3 do Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário, propõe-se determinar à ANTT que se abstenha de publicar o edital sem esclarecer no documento como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade operacional das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995.

Desconsideração de parte da matriz origem-destino do PNL

94. As matrizes origem-destino do PNL foram concebidas para prever fluxos de carga tendo origem ou destino tanto internos como externos ao país, ou seja, o sistema prevê demanda doméstica e de comércio exterior. No entanto, no Caderno de Demanda (peça 70), mostrou-se que a demanda de comércio exterior não foi extraída das matrizes origem-destino do PNL, a exemplo da demanda doméstica, mas da base de dados do AliceWeb do MDIC.

95. A escolha de diferentes origens de dados para a demanda doméstica e de comércio exterior para a projeção - e conseqüentemente o uso indiscriminado de diferentes metodologias de tratamento dos dados - acaba por enfraquecer os resultados obtidos pelo modelo, pois tornam as projeções propensas a problemas metodológicos como, por exemplo, cálculos em duplicidade e correlações espúrias.

96. Isto porque a metodologia do sistema de informações do PNL levou em consideração todo o universo estudado, qual seja, dos transportes desenvolvidos no território nacional. Dessa forma, os fluxos nas matrizes do PNL foram segregados em pares origem-destino únicos, cujos montantes não se confundem com os valores de carga atribuídos aos demais, o que não pode ser garantido quando somados com os dados do AliceWeb.

97. No sistema do MDIC, as consultas aos dados de importação e exportação pressupõem as seguintes premissas para origem e destino das exportações e importações:

a) Estado produtor (Unidade da Federação exportadora): para efeito de divulgação estatística de exportação, é a Unidade da Federação onde foram cultivados os produtos agrícolas, extraídos os minerais ou fabricados os bens manufaturados, total ou parcialmente, independente da sede da empresa exportadora. O estado produtor é aquele no qual foi completada a última fase do processo de fabricação para que o produto adote sua forma final (conceito de origem). Independe da sede da empresa exportadora.

b) Estado importador (Unidade da Federação importadora): **para efeitos estatísticos, define-se como estado importador a Unidade da Federação do domicílio fiscal da empresa importadora.**

c) Município: **tanto na exportação quanto na importação, os dados são creditados para os municípios-sedes (domicílio fiscal) das empresas que realizaram as operações.** (informações metodológicas disponíveis em <http://aliceweb.mdic.gov.br/menu/index/id/7>, acesso em: 3/6/2018, grifou-se)

98. Vê-se que, para o AliceWeb, o Estado importador não é aquele que recebe os produtos importados como destino final, mas a UF do domicílio fiscal da empresa importadora. O mesmo acontece para a variável Município. Percebe-se que no AliceWeb os fluxos logísticos são concentrados nos grandes centros urbanos, pois pressupõe-se que as principais importadoras são

domiciliadas nas grandes cidades brasileiras, apesar de, na prática, os fluxos não necessariamente terem se direcionado para tais centros urbanos.

99. A concentração dos fluxos tende a elevar artificialmente a projeção de demanda para os domicílios fiscais das empresas. Dessa forma, pode-se concluir que as bases de dados, quando conjugadas, podem distorcer a série histórica, resultando em projeções falhas.

100. Diante disso, propõe-se recomendar à ANTT que, para futuras concessões ferroviárias, avalie, juntamente com a EPL, a consistência, fidedignidade e robusteza 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 sua íntegra as matrizes origem-destino geradas pelo sistema do PNL nos estudos de demanda.

Ausência de tratamento uniforme da demanda induzida pelo início da operação da ferrovia

101. Após avaliação da metodologia de projeção da demanda de transportes, a equipe não conseguiu detectar qualquer consideração no modelo a respeito da demanda estimulada na área de influência da ferrovia em vista do início de sua operação, fenômeno conhecido no meio acadêmico por demanda induzida.

102. Vale ressaltar que o atual modelo de demanda da ANTT projetou apenas as cargas captadas pela ferrovia por mudanças de rotas ou momentos da viagem, ou seja, apenas projetou a demanda da ferrovia por meio da avaliação de quais dos fluxos de cargas já existentes (consubstanciados nas matrizes origem-destino do PNL) seriam captados, mas deixou de mensurar o aumento de fluxo de carga induzido pelo início da operação da ferrovia.

103. Em termos econômicos, estimar a demanda induzida significa mensurar a criação da demanda em vista da mudança da elasticidade-renda, uma vez que o início da operação da ferrovia implica a diminuição dos custos de frete e, por consequência, dos custos totais para as cadeias de produção, exportação e importação de produtos. Logo, mantendo-se as demais condições, a entrada em operação do trecho da FNS aumenta a propensão dos potenciais usuários na região de influência da ferrovia em utilizá-la.

104. Em relatório detalhado da empresa de consultoria e auditoria Ernst & Young sobre a projeção de demanda para avaliação da adequação da capacidade operacional do Corredor Ferroviário Norte-Sul australiano que liga Melbourne a Brisbane, patrocinado pelo Departamento de Transportes e Serviços Regionais do Governo Australiano (disponível em: http://investment.infrastructure.gov.au/files/north_south_rail_corridor_study/chapter_4.pdf, acesso em 3/6/2018, p. 25, tradução própria), consigna-se que:

‘Preços de transporte mais baixos em termos reais e padrões de serviço médios mais altos fornecidos pelos operadores de transporte se combinam para produzir resultados mais altos para cada dólar gasto em serviços de transporte. (...)’

O efeito de custos de transporte mais baixos como resultado de uma potencial rota interna entre Melbourne e Brisbane diminuiria os preços de venda finais no destino. Produtos com preços mais baixos normalmente aumentam a quantidade de bens demandados pelos consumidores e, consequentemente, aumentam a demanda por serviços de transporte. **A resposta da demanda aqui é medida pela elasticidade-renda, e não pelas elasticidades-substituição entre modais de transportes.’**

105. Em vista disso, a equipe questionou a ANTT em 18/4/2018 (peça 64) se havia, no modelo adotado, premissas em que se pudesse aferir o tratamento de demanda induzida para o projeto. Em resposta (peça 52), por meio do Ofício 90/2018/Sufer, de 21/5/2018, a ANTT respondeu que:

‘7. A metodologia adotada pela ANTT, na elaboração do estudo de demanda, não contempla o tratamento de eventual demanda induzida, com a entrada em operação da estrada de ferro. Isto porque, no presente caso, entende-se que o fato isolado de implantação da linha férrea não é capaz de induzir demanda por transporte ferroviário de carga. O principal motivo é a falta de capilaridade do modal ferroviário, uma vez que para um grande número de mercadorias, há a necessidade de complementar as operações de transporte a partir de outros modais, em especial o rodoviário. Não obstante, cumpre destacar que há um conjunto de outras variáveis de maior peso, como por exemplo: a presença de uma rede de transporte complementar, mão-de-obra especializada, subsídios fiscais, distância entre os mercados produtores e consumidores, entre outros.’

8. Desta forma, esta Unidade Técnica entende que alterar a metodologia ora examinada, para que seja considerada ou estimada a demanda induzida a partir da construção e operação da EF-151, mostra-se imprudente, por se mostrar uma tarefa complexa, imprecisa e de pouca efetividade para o trabalho desenvolvido.

106. No entanto, há probabilidade de que o início da operação ferroviária irá induzir a demanda, pois ao diminuir os custos do frete e o tempo de percurso, tende-se a estimular a criação de novos postos de produção, exportação e importação ao longo da ferrovia.

107. Por sua vez, a ANTT alega que a falta de capilaridade do modal ferroviário diminuiria as chances de indução de demanda. Verifica-se, todavia, que não é a capilaridade em si que induz a demanda, apesar de auxiliá-la, mas a pura e simples diminuição dos custos de frete e de tempo de percurso total, ainda que ocorra a complementação do percurso por outros modais que não o ferroviário. A reduzida capilaridade do modal ferroviário teria o condão de concentrar a indução da demanda em volta dos pontos de carregamento ao longo da ferrovia, a saber, os terminais ferroviários.

108. Vale ressaltar que esta não é a primeira vez em que se contesta o tratamento da demanda induzida em modelos de projeção de demanda para projetos ferroviários analisados pelo Tribunal. No TC 019.582/2013-7, que tratou de acompanhamento dos estudos para a concessão da ferrovia Açailândia/MA - Barcarena/PA, trecho da EF-151, o estudo de demanda considerou, na demanda total, parte da demanda que seria induzida pelo início da operação da ferrovia no local estabelecido. Segundo a análise do estudo de demanda (TC 019.582/2013-7, peça 8, p. 11) realizado pela unidade técnica:

‘A demanda induzida é calculada para os produtos que se mostraram relevantes, a partir da análise de fontes externas para cada trecho ferroviário, considerando a expansão da fronteira agrícola, os investimentos em diversos setores (setor industrial, por exemplo), os projetos de exploração de novas minas, entre outros.

A análise da demanda induzida pretende incorporar ao estudo aspectos econômicos particulares das regiões e explorar as externalidades ligadas a um novo trecho ferroviário, que induz benefícios socioeconômicos nas regiões em estudo.’

109. Assim, ao contrário do presente caso, em que não houve sequer menção de sua adoção, constatou-se que nos estudos do trecho Açailândia/MA - Barcarena/PA a demanda induzida havia sido superestimada. Apesar das constatações contidas nesse relatório, aquele processo foi encerrado pela perda de objeto (TC 019.582/2013-7, peça 104), tendo em vista a publicação de Chamamento Público pelo Ministério dos Transportes para complementação dos estudos analisados.

110. Embora o trecho Açailândia/MA - Barcarena/PA não figure na lista de projetos prioritários do PPI para concessão, há de se destacar que a previsão inicial de sua licitação seria pelo critério de menor tarifa, enquanto que o trecho ora em análise (Porto Nacional/TO - Estrela d’Oeste/SP) será concedido pelo critério de maior valor de outorga. No primeiro, a superestimativa da demanda induzida pode resultar no incremento artificial da tarifa máxima do leilão, enquanto que, no segundo, a desconsideração dessa demanda pode propiciar a redução indevida do valor mínimo da outorga a ser levado para o leilão.

111. De toda sorte, conclui-se pela necessidade de se padronizar os procedimentos de projeção da demanda nos estudos da ANTT, por meio da uniformização de metodologia de cômputo da demanda induzida nos próximos estudos, de forma a dar mais consistência às previsões de demanda dos empreendimentos ferroviários a serem concedidos.

112. Ante o exposto, propõe-se recomendar à ANTT que, 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.

III.2. Investimentos em bens de capital (Capex)

113. Os investimentos a serem realizados pela concessionária em bens de capital (Capex) foram estimados em R\$ 2,788 bilhões, conforme indicado na Tabela 3. Tendo em vista que a ferrovia está

praticamente concluída, o item do Capex denominado ‘aquisição de material rodante’, que trata da aquisição de locomotivas e vagões para o transporte de cargas, é o que mais impacta o fluxo de caixa do projeto.

III.2.1. Aquisição de frota operacional

114. Conforme apresentado na reunião técnica ocorrida em 20/3/2018, os técnicos da ANTT relataram que antes da audiência pública o cálculo da frota havia sido feito por meio do índice de produtividade média das concessões ferroviárias existentes no país. Após as contribuições feitas aos estudos, a Agência decidiu alterar a forma de cálculo, adotando a partir de então a Velocidade Média Comercial (VMC), conforme indicado no livro Operação Ferroviária (ROSA, Rodrigo de Alvarenga. *Operação Ferroviária: planejamento, dimensionamento e acompanhamento*. Rio de Janeiro/RJ, 2016).

115. As fórmulas matemáticas desenvolvidas nesse livro para o dimensionamento da frota de vagões e da frota de locomotivas são diferentes, contudo ambas dependem principalmente dos seguintes fatores: indisponibilidade dos vagões, indisponibilidade das locomotivas e da rotação desses itens na malha. A indisponibilidade do material rodante está relacionada com a necessidade de adquirir material em quantidade maior que o projetado tendo em vista a necessidade de parada desses equipamentos, como por exemplo, para realizar manutenção preventiva ou corretiva desses ativos. A fórmula para o cálculo da frota de vagões é:

$$N = (1 + m) \cdot \frac{Cf \cdot R}{Tf \cdot CV}, \text{ onde:}$$

- m = indisponibilidade do vagão;
- Cf = carga a ser transportada (tonelada);
- R = rotação do vagão;
- Tf = período;
- CV = capacidade do vagão.

116. A fórmula para cálculo da frota de locomotivas é a seguinte

$$N = Nt \cdot Lt \cdot R \cdot (1 + m), \text{ onde}$$

- Nt = frequência de trens para o fluxo de transporte;
- Lt = número de locomotiva por trem;
- R = Rotação da locomotiva;
- m = indisponibilidade da locomotiva.

117. Por sua vez, o conceito de rotação é o tempo necessário para que uma composição, formada por locomotivas e vagões, necessita para carregar seus vagões, transportar a carga até o destino, descarregar os vagões e, voltar para realizar novo carregamento. Matematicamente, o autor do livro Operação Ferroviária define que a rotação para trens unitários pode ser calculada pela seguinte fórmula

$$R = \frac{2 \cdot L}{24 \cdot VMC}, \text{ onde:}$$

- R = rotação do material rodante;
- L = distância entre a origem e o destino (DMT);
- VMC = Velocidade Média Comercial.

118. A VMC é um indicador de velocidade que a concessionária necessita para realizar todo o ciclo de carregamento, transporte, descarga das mercadorias e retorno para iniciar novo carregamento. Dessa forma, quanto maior for a VMC mais produtiva é a concessionária e, conseqüentemente, necessita de menos ativos para prestar o serviço de transporte de carga. Destaca-se que o trecho da FNS em análise ainda não possui dados próprios para serem inseridos nas fórmulas matemáticas e que, por isso, a ANTT realizou os cálculos com base nas informações das demais concessionárias.

119. O dado VMC foi extraído pela ANTT a partir do Sistema de Acompanhamento e Fiscalização do Transporte Ferroviário (SAFF), referente ao ano de 2017, de todas as concessionárias, conforme

tabela a seguir. A Agência adotou como premissas duas situações: i) quando o material rodante circular no direito de passagem, utilizou-se a VMC da concessionária visitada; e ii) quando o material rodante estiver na própria malha, a VMC adotada será a média das VMCs das demais concessionárias.

Tabela 4: Velocidade média comercial (VMC) das demais concessões ferroviárias (ano 2017)

Ferrovia	VMC (Km/h)
Estrada de Ferro Carajás (EFC)	24,89
Estrada de Ferro Paraná-Oeste (EFPO)	21,82
EF Vitória-Minas (EFVM)	27,39
Ferrovia Centro-Atlântica (FCA)	11,99
FNS Tramo Norte (FNSTN)	19,96
Ferrovia Tereza Cristina (FTC)	21,81
Ferrovia Transnordestina Logística (FTL)	9,18
MRS Logística (MRS)	16,66
Rumo Malha Norte (RMN)	12,79
Rumo Malha Oeste (RMO)	9,08
Rumo Malha Paulista (RMP)	12,74
Rumo Malha Sul (RMS)	12,21
MÉDIA	16,71

Fonte: Memória de cálculo de Frota / Apresentação realizada pela ANTT no dia 20/4/2018 (peça 83, p.23)

120. Destaca-se que os estudos inicialmente encaminhados para o Tribunal, conforme minuta de contrato e caderno de obrigações, indicavam que a VMC seria adotada como indicador de desempenho da concessão. Mas, no decorrer das discussões, a ANTT entendeu que a VMC, por conter duas parcelas - carregamento e descarregamento - que não estão sob a responsabilidade da concessionária, não representa o melhor parâmetro de desempenho.

121. Diante disso, entendeu-se que a Velocidade Média de Percurso (VMP), que contempla exclusivamente a movimentação das composições ferroviárias ao longo das ferrovias, é mais adequada para medir o desempenho da subconcessionária do que a VMC. Essa mudança não altera o cálculo da frota, mas terá que ser ajustada nos documentos jurídicos que serão licitados.

122. Antes de prosseguir efetivamente nos cálculos de rotação, a Agência realizou cálculos que indicaram o trem-tipo a ser utilizado nos estudos, conforme consta do Caderno Operacional (peça 69). Para definir o trem-tipo, a Agência adotou a metodologia de cálculo de lotação conforme os livros Manual Básico de Engenharia Ferroviária, de Rui José da Silva Nabais, e Estradas de Ferro vol. 2, de Helvécio Lapertosa Brina. Como resultado, o trem-tipo formado para os trechos da FNS estão listados na tabela a seguir.

Tabela 5: Trem-tipo definido para a ferrovia.

Tipo de Carga	Carga geral	Granel líquido	Granel sólido agrícola	Granel sólido não agrícola
Tipo de vagão	Plataforma	Tanque	Hopper HFT	Gôndola
Carga útil (t)	104	93	99	109
Locomotivas	2	2	2	2
Vagões	80	80	80	80
Capacidade total do trem tipo (TU)	8320	7440	7920	8720
Dias Operacionais	310	310	270	310

Tipo de Carga	Carga geral	Granel líquido	Granel sólido agrícola	Granel sólido não agrícola
---------------	-------------	----------------	------------------------	----------------------------

Obs.: Utilização de locomotiva auxiliar (Helper) nos segmentos 4,5,6 e 7.

Fonte: Estudos operacionais (peça 69, p. 18)

123. Uma vez definido o trem-tipo e, conseqüentemente, a capacidade de carga de cada composição ferroviária, a ANTT calculou a rotação do material rodante, cuja memória de cálculo se encontra em planilha eletrônica - Excel 'FROTA 06-02-18' - encaminhada juntamente com o EVTEA.

124. Em seguida, a Agência promoveu o cálculo das indisponibilidades dos vagões e das locomotivas a partir de dados extraídos do sistema SAFF, na base 2017, conforme tabela a seguir.

Tabela 6: Indisponibilidade de material rodante nas malhas ferroviárias existentes.

Ferrovia	Vagão	Locomotiva
Estrada de Ferro Carajás (EFC)	4,27%	13,54%
Estrada de Ferro Paraná-Oeste (EFPO)	31,03%	68,22%
EF Vitória-Minas (EFVM)	7,92%	15,11%
Ferrovia Centro-Atlântica (FCA)	16,36%	23,21%
FNS Tramo Norte (FNSTN)	2,79%	10,57%
Ferrovia Tereza Cristina (FTC)	44,77%	51,96%
Ferrovia Transnordestina Logística (FTL)	35,82%	32,25%
MRS Logística (MRS)	6,86%	19,89%
Rumo Malha Norte (RMN)	0,55%	8,88%
Rumo Malha Oeste (RMO)	3,31%	3,06%
Rumo Malha Paulista (RMP)	3,60%	2,28%
Rumo Malha Sul (RMS)	2,41%	5,88%
MÉDIA	11,44%	18,44%

Fonte: Memória de cálculo de Frota / Apresentação realizada pela ANTT no dia 20/4/2018 (peça 83, p.24)

125. Com base nesses dados, a ANTT expurgou os valores extremos máximos e mínimos para calcular a média aritmética da indisponibilidade dos vagões e das locomotivas. Ao incluir os valores de indisponibilidade na planilha que contém a memória de cálculo, a Agência extraiu o resultado do quantitativo de material rodante para o período da concessão, prevendo a aquisição de 113 locomotivas e 3.795 vagões. Ao todo, está prevista a aquisição de 2.294 vagões graneleiros do tipo *hopper*, específico para o transporte de granéis sólidos vegetais.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

126. Tendo em vista a relevância dos investimentos no fluxo de caixa da concessão, buscou-se um aprofundamento na análise da memória de cálculo do quantitativo de material rodante previsto a ser adquirido. Assim, realizou-se diligência (peça 64) à ANTT questionando sobre as premissas adotadas que impactam o cálculo da quantidade de locomotiva e vagões.

127. Inicialmente, questionou-se a pertinência da premissa adotada em considerar a VMC em 16 km/h de circulação na própria malha. Ponderou-se que a velocidade média comercial de 16 km/h reflete a média de malhas com características e especificações técnicas bem diferentes da FNS. Ademais, até o dia da apresentação realizada na ANTT, a VMC ainda era considerada como indicador de desempenho previsto no contrato, exigindo-se uma VMC mínima de 16 km/h nos cinco primeiros anos e 22,5 km/h para os demais anos da concessão.

128. Em seguida, questionou-se a adoção de uma média aritmética com expurgo dos valores extremos para os índices de indisponibilidade das locomotivas e vagões. Algumas das ferrovias consideradas no cálculo operam em condições extremamente precárias; a idade média do material rodante é muito maior do que a exigida atualmente, o que influencia os coeficientes de indisponibilidade; e as condições técnicas das vias são muito defasadas, com alguns trechos construídos há mais de um século, com bitolas estreitas e geometria desfavorável, etc.

129. Dessa forma, a ANTT entendeu que os parâmetros de cálculo da frota deveriam ser ajustados para refletir as condições mais modernas da via e do material rodante que serão exigidas da nova subconcessionária. Assim, em resposta (peça 50) aos questionamentos, a Agência declarou que o cálculo de dimensionamento de frota será ajustado adotando-se a VMC da Ferrovia Norte-Sul entre Porto Nacional /TO e Açailândia/MA, que é de 19,96 km/h, para a produção de transporte dentro da própria malha da FNS - Tramo Central.

130. Quanto à indisponibilidade do material rodante, a ANTT destacou que os valores calculados inicialmente, de 11,44% para vagões e 18,44% para as locomotivas, estariam dentro do padrão da literatura clássica do setor, que admite coeficientes de 10% na manutenção dos vagões e 20% na frota de locomotivas.

131. Apesar disso, a Agência entendeu adequado expurgar da base de dados a indisponibilidade das empresas ferroviárias que operam com níveis de indisponibilidade abaixo da referência nacional. Portanto, excluiu-se da média os dados da Estrada de Ferro Paraná Oeste (Ferroeste), a Ferrovia Transnordestina S.A (FTL), a Ferrovia Teresa Cristina (FTC) e a Ferrovia Centro-Atlântica (FCA). Os valores apurados após os expurgos foram de 4,45% para os vagões e 10,99% para locomotivas.

132. Após os ajustes, a Agência encaminhou nova planilha Excel contendo a memória de cálculo ajustada aos novos valores indicados na peça 50, que pode ser observada na Tabela 7 a seguir.

Tabela 7: Diferença entre o material rodante previsto inicialmente e o atual

	Cálculo anterior	Cálculo atual
Total Locomotivas	113	99
Total Vagões	3.795	3.379

Fonte: Planilha Excel encaminhada pela ANTT (peça 84)

133. Em suma, **os ajustes efetuados no cálculo reduziram a previsão de aquisição de 14 locomotivas e 416 vagões, que equivalem a um total de R\$ 246.252.610,32, que resultará no aumento do valor mínimo de outorga a ser submetido ao leilão.**

134. O cálculo apresentado comporá o EVTEA indicativo da licitação, contudo a quantidade efetiva de material rodante a ser adquirido dependerá da estratégia operacional do vencedor do leilão, respeitando a proporção indicada no item 12.3, subitem ii, letra 'h' da minuta de contrato (peça 65, p. 23).

‘12.3 Direitos e Deveres da Subconcessionária

(...)

(ii) Sem prejuízo de outras disposições previstas em lei, no **Contrato** e em seus **Anexos**, são deveres da **Subconcessionária**:

(...)

h) dispor de **Material Rodante** para a prestação do serviço de transporte ferroviário, e atingimento dos indicadores de disponibilidade de locomotivas e vagões, idade média da frota de locomotivas, e idade média da frota de vagões, nos termos do **Caderno de Obrigações**, devendo adquirir, no mínimo, 75% (setenta e cinco) de toda a frota em nome próprio;’

135. Ao ser questionada durante a Audiência Pública, a Agência respondeu que a necessidade de dispor de material rodante em quantidade mínima de 75% em nome da própria subconcessionária objetiva resguardar o princípio da continuidade da prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas, nas hipóteses de extinção do contrato. Para esses casos, previstos no item 34.1 da minuta de concessão (peça 65, p. 42), os bens considerados reversíveis, que incluem todo o

material rodante adquirido pela subconcessionária, serão revertidos à interveniente subconcedente nos termos do item 34.2 (peça 65, p. 42).

136. Em reunião, a equipe questionou a viabilidade de acompanhamento da proporção de material rodante ao longo da concessão. A ANTT alegou que se trata de informação de análise corriqueira da Agência e que esses dados serão avaliados anualmente por meio do Relatório de Acompanhamento previsto no Caderno de Obrigações. **Dessa feita, considerando que a ANTT irá promover os ajustes na quantidade de material rodante e que tais ajustes serão avaliados no monitoramento das decisões proferidas no presente Relatório de Acompanhamento, deixa-se de propor encaminhamentos nessa etapa de análise dos estudos.**

137. Complementarmente, nessa mesma resposta, conforme já descrito, a ANTT entendeu adequado substituir o parâmetro VMC pela VMP para o acompanhamento do contrato de concessão. Alegou que o acompanhamento da VMP se mostra mais adequado por estar inteiramente sob responsabilidade da concessionária e concluiu que as metas inicialmente estipuladas para VMC serão ajustadas para VMP das ferrovias com similaridade operacional à FNSTC. Considera-se que a adoção da VMP é uma boa melhoria no indicador de desempenho por refletir unicamente as operações sob a responsabilidade da subconcessionária, portanto deixa-se de propor encaminhamentos.

III.2.2. Obras remanescentes da Extensão Sul

138. As obras remanescentes de construção da Extensão Sul, necessárias para realizar o transporte de cargas na direção do Porto de Santos (SP), contemplam a conclusão dos lotes numerados de 1S a 5S, que se encontram sob a responsabilidade da empresa estatal Valec. Entretanto, com base na indicação do MTPA, a ANTT modelou a concessão da FNS no seguinte formato: os lotes 1S, 1SA, 2S, 3S e 3SA serão finalizados pela própria Valec e os demais lotes (4S, 5S e 5SA) deverão ser concluídos pela futura subconcessionária.

139. Com relação aos lotes sob responsabilidade da Valec, segundo informações de março de 2018 do Relatório de Gerenciamento de Obras (peça 76) da própria estatal, com exceção do lote 1SA, os demais lotes se encontram com avanço físico próximo de 90%. Inicialmente, o prazo previsto para a conclusão das obras dos lotes em execução pela estatal, conforme Memorando 1577/SUCON/Valec (peça 25, p. 9), seria setembro de 2018 e corresponderia à data prevista de finalização das obras do lote 1SA. Ocorre que a Construtora AZVI S.A., responsável por essas obras, protocolou junto à Valec o pedido de rescisão unilateral do contrato (peça 76, p.15). Atualmente, as obras no lote estão paradas e somente devem reiniciar quando o processo de rescisão estiver concluído, o que traz indefinição quanto ao prazo de entrega das referidas obras.

140. Diante disso, questionou-se a ANTT (peça 64) se a data prevista nos documentos da licitação - minutas de contrato e de edital - seria compatível com a capacidade de entrega das obras pela Valec, considerando as pendências construtivas do lote 1SA informadas pela estatal, bem como os prazos necessários para a finalização dos procedimentos adicionais dos contratos de construção de todos os lotes, que incluem, por exemplo, o processo de recebimento das obras e a finalização dos contratos pela Valec.

141. Em resposta, a Agência alegou que a leitura da minuta de contrato do processo de subconcessão, em especial as subcláusulas 4.6.ii e 12.2.g, permite inferir que o prazo para conclusão das obras a cargo da Valec é de 24 meses após a data de assunção do contrato. Reconheceu (peça 58, p. 2), entretanto, durante reunião de apresentação do tema, que identificou a necessidade de promover ajustes na minuta de contrato de forma a prover maior clareza e objetividade às obrigações da Valec, em especial aquelas afetas às obras da Extensão Sul.

142. **Quanto às dificuldades relatadas para conclusão das obras sob responsabilidade da Valec, a Agência informou (peça 58) que o MTPA manteve a responsabilidade da Valec na conclusão do lote 1S. Diante da situação, a ANTT entendeu ser necessário estender por mais 180 dias o prazo para que a Valec termine as obras** e, conseqüentemente, em face desse prazo, informou (peça 58, p. 5) que as receitas provenientes da exploração do trecho ferroviário da Extensão Sul deverão ser ajustadas na planilha da modelagem econômico-financeira, cujo resultado

culminará em decréscimo do valor de outorga.

143. Quanto às obras que foram atribuídas à futura subconcessionária, os custos totais de serviços e materiais necessários para conclusão dos lotes 4S, 5S e 5SA foram estimados pela ANTT em R\$ 175 milhões. Esse valor, que está previsto no Capex da modelagem econômico-financeira, foi enviado pelo MTPA após consulta à Valec e se refere ao saldo orçamentário dos contratos de construção que estavam sob a gestão da estatal.

144. Segundo o Caderno de Obrigações da minuta do contrato de subconcessão (peça 65, p.51), os valores a serem investidos pela futura subconcessionária para conclusão das obras foram calculados com base no saldo remanescente a executar dos contratos de construção de cada lote informado pela Valec (peça 72, p. 95), conforme a tabela abaixo:

Tabela 8: Investimentos previstos no CAPEX da subconcessão para a conclusão das obras remanescentes da Valec

Descrição do investimento	Valor do investimento previsto no CAPEX (R\$)
Lote 4S	166.456.851,35
Lote 5S - Superestrutura	7.448.122,04
Lote 5SA - Superestrutura	1.893.455,77
Total obras remanescentes Valec	175.798.429,16

Fonte: ANTT (peça 72, p.70)

Análise da SeinfraPortoFerrovia

145. De início, verificou-se que a resposta da ANTT acerca do prazo previsto para conclusão das obras de construção a cargo da Valec não encontra respaldo nos itens da minuta de contrato indicados. Os itens mencionados pela ANTT (4.6.ii e 12.2.g) dispõem sobre a obrigação da subconcessionária iniciar a operação ferroviária da Extensão Sul em até 24 meses, contados a partir da data de assunção, porém tal prazo se refere à data limite para o início das operações de transporte ferroviário, cuja responsabilidade é da futura subconcessionária, e não para conclusão das obras a cargo da Valec.

146. O início das operações ferroviárias depende de uma série de procedimentos, tais como: a entrega das obras pela Valec, após a conclusão dos contratos de construção e a emissão dos respectivos termos de recebimento das obras; a conclusão das obras a cargo da subconcessionária; a emissão da Licença de Operação emitida pelo órgão ambiental; a emissão da autorização de tráfego pela ANTT e o recebimento das obras sob responsabilidade da Valec pela subconcessionária. Tais **procedimentos exigem tempo adicional após a conclusão das obras sob responsabilidade da Valec e, caso a data prevista para conclusão das obras pela Valec seja a mesma prevista para o início da operação pela subconcessionária, não haverá tempo hábil para a execução desses procedimentos.**

147. Os documentos que compõem o Plano de Outorga referente à subconcessão da FNS preveem a data de entrega das obras sob responsabilidade da Valec (Lotes 1S a 3S) no dia da data de assinatura do contrato de subconcessão, conforme pode ser observado no item 3.1 (iii) da minuta de contrato (peça 65, p.11) combinado com o item 1.1 (iii) do Anexo 5 (peça 65, p. 88). O primeiro determina que o Termo de Recebimento Provisório da FNS será celebrado na mesma data de assinatura do contrato pela subconcessionária, conforme transcrito a seguir:

3. Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(...)

(iii) A **Subconcessionária**, na data de assinatura do **Contrato**, assinará também o **Termo de Recebimento Provisório**:

(a) com a **Data de Assunção**, será iniciada a contagem do prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para que a **Subconcessionária** reclame formalmente à **ANTT** sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios ocultos que acometam os bens da **Ferrovia** cuja posse foi a ela transferida pela **Interveniente**

Subconcedente, nos termos do Anexo 5.’

148. Já o item 1.1 (iii) do Anexo 5 da minuta do contrato (peça 65, p.88) dispõe que o projeto *as built* será entregue juntamente com o Termo de Recebimento Provisório.

‘1.1 A Subconcessionária, a partir da assinatura do Termo de Recebimento Provisório, terá o prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para protocolar reclamação à ANTT, em razão de eventuais vícios ocultos dos bens da Ferrovia cuja posse foi a ela transferida pela Interveniente Subconcedente, em razão do Contrato de Subconcessão.

(...)

iii. É admitida a reclamação de bens que eventualmente foram entregues em desconformidade com o relatório do projeto ‘*as built*’ entregue juntamente com o Termo de Recebimento Provisório.’

149. Destaca-se que o projeto *as built* representa o objeto assim como foi construído, com registros de eventuais alterações verificadas no projeto durante a sua execução e, portanto, reflete a situação final de uma determinada obra. Dessa forma, apesar da ANTT, nos documentos analisados referentes à subconcessão da FNS, não definir expressamente a data para entrega das obras sob responsabilidade da Valec, há cláusulas na minuta do contrato que definem a referida entrega na mesma data da assinatura do contrato de subconcessão.

150. Acrescenta-se que a Valec necessita, além de concluir as obras, realizar o recebimento adequado dessas obras, principalmente verificando se os requisitos técnicos previstos nos contratos de construção foram cumpridos pela construtora contratada. Esse procedimento demanda um considerável tempo adicional e aumenta o risco de atrasos no recebimento da infraestrutura pela futura subconcessionária.

151. A definição contratual de uma data incompatível com a capacidade de entrega da Valec e sem considerar os procedimentos a cargo da subconcessionária pode ensejar uma postergação das receitas previstas com a operação do trecho da Extensão Sul da FNS e, conseqüentemente, acarretar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de subconcessão.

152. A situação relativa ao prazo de conclusão das obras se agrava pela informação (peça 76) de que as obras, em especial as do lote 1SA, ainda não foram concluídas e existem pendências com alto risco de comprometer a sua entrega no prazo esperado. Sem a conclusão desse lote, não haverá conexão ferroviária entre o Tramo Central e a Malha Paulista e, portanto, as cargas originadas na zona de influência da ferrovia não poderão ser escoadas pelo Porto de Santos/SP, impactando negativamente a receita prevista na modelagem econômico-financeira do projeto.

153. Assim sendo, mostra-se adequado **determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS sem adotar uma data limite para a conclusão das obras pela Valec, uma vez que eventual atraso na finalização das obras impacta o início das operações ferroviárias pela subconcessionária, de forma a considerar as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária providenciar as devidas medidas preparatórias para o início da operação, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995.**

154. Outro ponto relevante da análise refere-se ao custo necessário para concluir as obras dos lotes 4S e 5S, que foi previsto e incluído na modelagem econômica, com base nas informações repassadas pelo MTPA à ANTT. Entretanto, na circularização das informações, verificou-se que os valores incluídos no Capex da modelagem econômico-financeira relativos às obras remanescentes desses dois lotes são inconsistentes com os valores realmente necessários para a sua conclusão, devido aos problemas identificados no recebimento pela Valec de brita fora das especificações e que foi utilizada no lastro da via férrea desses lotes.

155. No que se refere ao lote 4S, a modelagem prevê que o volume a executar de brita para lastro, item 8.1.2.1 da planilha orçamentária do contrato de construção, é de 50.408,29 m³, totalizando o saldo contratual de R\$ 2.684.869,35 (data-base dezembro/17), já considerando o transporte do material até o local de uso (peça 25, p.27). Entretanto, no âmbito do processo TC 011.450/2016-9, a Valec informou ao Tribunal, por meio do Ofício 3.251/2017-Presi, de 22/8/2017, e do Ofício

4.476/2017-Presi, de 14/11/2017, sobre a glosa e estorno integral da pedra britada para lastro fornecida ao lote 4S devido a problemas de qualidade do material (TC 011.450/2016-9, peças 190 e 196). Após o estorno integral da brita pela Valec, o saldo total contratual desse item é de 433.262,95 m³, quantidade discrepante daquela incluída no Capex.

156. No tocante ao lote 5S e 5SA, analisados no âmbito do TC 011.451/2016-5, verificou-se problemas de qualidade da brita para lastro semelhantes aos ocorridos no lote 4S, motivo que levou o TCU a adotar medida cautelar para a Valec suspender a utilização do material nesses lotes. **Enfatiza-se que a medida cautelar está vigente contra a Valec e não afeta a condução da licitação da subconcessão da FNS em análise.**

157. Enquanto no lote 4S contata-se que a brita fora das especificações da Valec para o lastro ainda não havia sido lançada no traçado, nos lotes 5S e 5SA a brita já foi quase toda lançada e a grade ferroviária - que consiste basicamente dos trilhos e dormentes - já está montada em cerca de 90% da extensão do trecho. Caso a solução para o problema da brita nesses lotes seja o estorno completo do material, a exemplo do já ocorrido no lote 4S, deveria se considerar também os custos para a desmontagem e remontagem da superestrutura. Conclui-se, então, que os valores previstos no Capex para a conclusão dos lotes 4S, 5S e 5SA podem estar subdimensionados.

158. A depender da solução a ser adotada para o problema, haverá consequências financeiras e de prazo para a subconcessão. Se a opção for pela manutenção da estrutura já construída, convém tornar público os problemas da brita para lastro nesses lotes e informar aos potenciais licitantes que isso poderá refletir no aumento da necessidade de manutenção da ferrovia (Opex). Por outro lado, caso a ANTT opte pela substituição da brita de lastro dos lotes em questão, será necessário incluir na modelagem econômico-financeira os investimentos em Capex e adotar um prazo maior para a conclusão dos trechos na minuta de contrato.

159. Somente no que tange às obras de substituição do lastro aplicado nos lotes 5S e 5SA, a Valec estimou que os serviços custarão R\$ 103.289.937,01 e que o prazo para sua conclusão será de 32 meses (peça 79). Quanto ao lote 4S, os custos para a troca da brita também são materialmente relevantes.

160. Ante o exposto, propõe-se **determinar à ANTT que se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS Tramo Central sem promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a 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 X, da Lei 8.987/1995.**

161. Complementarmente, **propõe-se determinar à ANTT que se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS Tramo Central sem tornar público aos potenciais licitantes os problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, informando-os sobre os casos de reequilíbrio do contrato e sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex), ou, de forma alternativa, promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a conclusão desses lotes na modelagem econômico-financeira e demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados na brita para lastro fora das especificações utilizada pela Valec nos referidos lotes, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995.**

III.3. Caderno de Obrigações

162. O anexo 1 da minuta de contrato apresentada (peça 65, p.51) constitui-se no Caderno de Obrigações, que tem como objetivo detalhar diversas obrigações relacionadas ao contrato de subconcessão, contemplando o Plano de Investimentos obrigatórios, as Especificações Técnicas Mínimas, o Relatório de Acompanhamento Anual (RAA) e as Obrigações Complementares, todos de cumprimento obrigatório pela subconcessionária.

163. O Plano de Investimentos consiste nos investimentos a serem realizados e respectivos prazos de conclusão que se classificam nos seguintes grupos: i) investimentos para conclusão das obras da Extensão Sul; ii) investimentos para implantação de Sistema de Licenciamento e Sinalização de

Via; iii) investimentos para instalação de Detectores de Descarrilamento; e iv) investimentos para implantação de terminal de armazenamento, carga e descarga de granéis sólidos agrícolas. Ressalva-se que, em função da delimitação do escopo do trabalho, apenas os investimentos para a conclusão das obras da Extensão Sul foram objeto de análise, por serem materialmente relevantes.

164. As Especificações Técnicas Mínimas, tópico de análise a seguir, são compostas pelos parâmetros técnicos para a exploração da ferrovia (infraestrutura, superestrutura, passagens em nível e instalações de apoio) e pelos indicadores para a prestação do serviço de transporte ferroviário.

165. O Relatório de Acompanhamento Anual tem como função comunicar à ANTT e às demais partes interessadas a execução das ações para atendimento das obrigações previstas no Caderno de Obrigações e nas demais regras contratuais.

166. As Obrigações Complementares consistem em determinações essenciais para a adequada prestação do serviço de transporte ferroviário, tais como implantação e operação do serviço de ouvidoria e fornecimento de apoio logístico à realização das atividades de fiscalização da ANTT.

III.3.1. Parâmetros técnicos para exploração da infraestrutura ferroviária

167. Os Parâmetros Técnicos para a Exploração da Infraestrutura Ferroviária (peça 65, p. 65) reúnem as premissas, os valores de referência e demais parâmetros para a avaliação da exploração e manutenção dos seguintes elementos de infraestrutura: dispositivos de drenagem, obras de arte especiais (OAE's), taludes de cortes e aterros, faixa de domínio e plataforma da via permanente.

168. Tais especificações se referem a parâmetros técnicos mínimos obrigatórios que devem ser mantidos nos trechos ferroviários a serem explorados pelo subconcessionário ao longo da concessão.

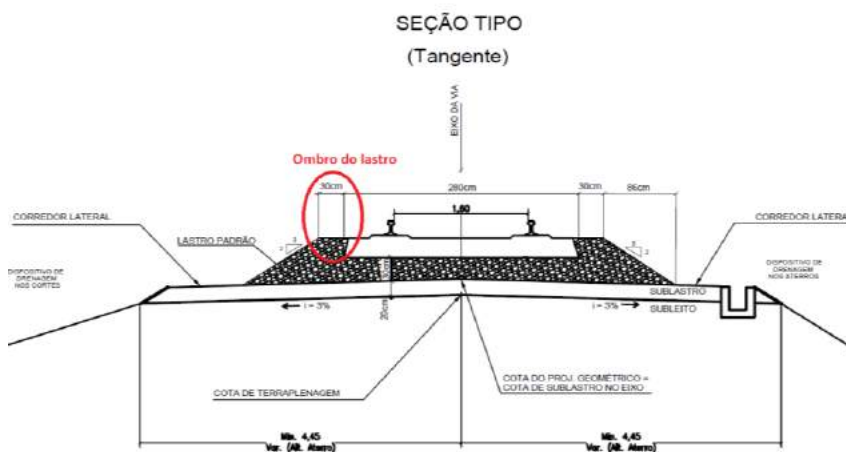
169. Tendo em vista que quase a totalidade da ferrovia foi construída com base nos parâmetros técnicos da Valec, buscou-se verificar a compatibilidade das especificações da estrutura construída com as especificações mínimas exigidas da futura subconcessionária.

170. Dentre os parâmetros técnicos comparados, verificou-se inconsistência na largura do lastro de brita, no parâmetro conhecido como ombro do lastro, o qual passa-se a analisar.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

171. A construção da FNS seguiu os normativos de construção da Valec (peça 77) e em ambos normativos é possível verificar que o projeto executivo apresenta lastro da superestrutura com ombro de 30 cm, conforme apresentado na Figura 5.

Figura 5: Largura do ombro do lastro ferroviário destacada na seção transversal de superestrutura.



Fonte: Valec 80-DES-000A-18-8000 - Projeto Tipo - Seção Transversal de Superestrutura. Destaque em vermelho nosso (peça 77).

172. Diferentemente desse padrão, a minuta de contrato apresentada pela ANTT, Apêndice B do Anexo 1 (peça 65, p.65), estabelece em seu item 9.3 que a largura do ombro de lastro deverá ser maior ou igual a 40 cm. Nessas condições, o futuro subconcessionário receberá uma ferrovia com ombro de lastro de 30 cm e será exigido que ele mantenha o padrão de um ombro com 40 cm.

173. A adequação pela subconcessionária dessa diferença traz efeitos até agora não mensurados no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e possíveis complicações na adequação da infraestrutura disponibilizada, visto que, como a ferrovia não foi dimensionada para o lastro mais largo, a sua ampliação em 10 cm de cada lado aumenta o volume de brita ao longo de todo traçado e poderia afetar, por exemplo, o sistema de drenagem já construído.

174. Diante dessa situação, a equipe questionou (peça 64) a ANTT para que encaminhasse justificativa para a adoção do ombro de lastro de brita diferente do padrão adotado pela Valec. Em resposta, a Agência informou que os parâmetros técnicos da ferrovia foram definidos a partir de consulta a outras ferrovias de referência, em especial, ferrovias australianas e brasileiras, conforme literatura técnica encaminhada (peça 60).

175. Completou que não há estudos econômicos que comprovem o benefício de se aumentar esse parâmetro para 40 cm, por isso concluiu pela alteração de 0,40 m para 0,30 m do ombro de lastro contido na Tabela 2 da seção 9.3 das Especificações Técnicas Mínimas do Caderno de Obrigações (peça 65, p. 67).

176. Portanto, em que pese a ANTT não ter comparado os parâmetros de construção utilizados pela Valec para definir os parâmetros técnicos que serão exigidos da futura subconcessionária, verificou-se que apenas o ombro do lastro está incompatível com o especificado pela Valec. Assim, considerando que a alteração promovida não impactará a modelagem econômico-financeira e nem a execução contratual da subconcessão, deixa-se de propor novos encaminhamentos, mas ressalta-se que ela será objeto de análise quando do monitoramento desse processo.

III.3.2. Indicadores de desempenho

177. Na modelagem da concessão da Ferrovia EF-151, a ANTT optou pela utilização, nos termos do anexo 1 à minuta de contrato, dos seguintes indicadores para a avaliação da prestação do serviço concedido:

- a) Índice de Saturação da Ferrovia (ISF);
- b) Índice de Acidentes Ferroviários Graves (IAFG);
- c) Velocidade Média Comercial (VMC);
- d) Idade Média da Frota de Locomotivas (IML); e
- e) Idade Média da Frota de Vagões (IMV).

178. A principal diferença entre tais indicadores e os utilizados nos contratos de concessões ferroviárias firmados na década de 90 é a exclusão do indicador de meta de produtividade, cuja efetividade era questionável, segundo a literatura especializada (DURÇO, Fabio Ferreira. *A regulação do setor ferroviário brasileiro*. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2015, página 28). Em substituição, a ANTT adotará indicadores relacionados com a operação e indicadores de idade média da frota.

179. O ISF mede a saturação de capacidade dos trechos ferroviários, obtido a partir da avaliação do Nível de Saturação dos Segmentos Ferroviários (NSSF), dado pelo quociente entre a Capacidade Utilizada e a Capacidade Instalada de cada trecho para o período de apuração. O ISF será o maior valor de NSSF obtido para cada Segmento Ferroviário que compõe a ferrovia.

180. Tal indicador aponta para os segmentos ferroviários responsáveis pelos gargalos na malha e busca endereçar esforços do subconcessionário para realizar novos investimentos na ferrovia, conforme consta da definição, e prevê o item 25.4 da minuta de contrato encaminhada

⁴25.4 Constituem infrações sujeitas à imposição da penalidade de multa, no valor correspondente de até []

URS, as seguintes condutas da Subconcessionária trazidas neste Contrato e em seus Anexos:

(...)

(xiv) não promover as intervenções e investimentos necessários à expansão da capacidade da Ferrovia, de forma a reduzir seu nível de saturação a valor inferior a 90% (noventa por cento), nos termos do Caderno de Obrigações.

181. Portanto, a ausência de investimentos para a manutenção do ISF abaixo de 90%, que inclui a melhoria no sistema de sinalização, a duplicação da linha e a construção/adequação de pátios ferroviários, ensejará multa à concessionária, que se desrespeitada poderá desencadear processo de caducidade da subconcessão.

182. O índice de acidentes ferroviários graves (IAFG) busca avaliar as condições de prestação do serviço de transporte de cargas, bem como indica se a concessionária está realizando os esforços para evitar que acidentes graves ocorram. Consiste no quociente entre a quantidade de acidentes ferroviários graves ocorridos no período de um ano e a quantidade de trens formados multiplicada pela distância percorrida em quilômetros. A referência inicial será de 2,65 nos primeiros cinco anos da concessão e de 2,15 nos demais.

183. Como já discutido anteriormente, o parâmetro VMC, que estava sendo utilizado para balizar a exigência de velocidade nos trechos, foi substituído pela VMP por representar a velocidade dos serviços prestados exclusivamente pelo concessionário.

184. Além desses indicadores de desempenho, a minuta de contrato prevê a avaliação, pela ANTT, da idade média das locomotivas e dos vagões como forma de manter a prestação do serviço atualizado. A idade média do material rodante é um elemento exclusivamente controlado pela concessionária e a estratégia comercial da subconcessionária vencedora deve considerar a aquisição de vagões e locomotivas. A idade média para as locomotivas será de até 20 anos e para os vagões será de até 25 anos.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

185. Os indicadores apresentados possuem escopos diferentes e serão utilizados para avaliar objetivamente o desempenho da subconcessionária na prestação do serviço a ela outorgado, configurando-se, assim, como uma modernização dos indicadores de operação ferroviária existentes nos contratos da década de 90, razão pela qual deixa-se de propor encaminhamentos.

IV. Direito de Passagem

186. Apesar de não comporem os estudos de viabilidade da FNS em análise, o estabelecimento e a publicidade das regras que irão reger o direito de passagem nas ferrovias adjacentes, que acessam os portos de Itaqui/MA e de Santos/SP, antes mesmo da publicação do edital da licitação, mostra-se ponto fulcral para a atratividade do certame licitatório. A tabela a seguir indica as distâncias a serem percorridas pela futura subconcessionária nas demais concessionárias, para acessar os referidos portos.

Tabela 9 - Extensões a serem percorridas pela FNSTC nas ferrovias visitadas para acesso aos Portos de Santos/SP e Itaqui/MA

Concessionária Visitada	Distância	Sentido
FNS - Tramo Norte (FNSTN)	722,5 km	Porto de Itaqui/MA
Estrada de Ferro Carajás (EFC)	520,0 km	
Ferrovia Transnordestina Logística (FTL) - Itaqui	3,0 km	
Ferrovia Transnordestina Logística (FTL) - Itaqui	5,0 km	
Rumo Malha Paulista (RMP)	810,42km	Porto de Santos/SP
MRS -Santos	15,54km	
MRS - Conceiçãozinha	22,2 km	
MRS - Estação TUF	7,06 km	

Fonte: ANTT

187. Caso não haja qualquer garantia, por meio de algum tipo de regulação, de preços em bandas competitivas e *slots* disponíveis para cargas visitantes em direito de passagem, haverá risco concreto de a licitação se mostrar atrativa apenas para aquelas empresas que já são atualmente concessionárias ferroviárias e possuem diferencial competitivo, a saber, saída para um porto.

188. Isto porque, nas condições atuais existentes do mercado ferroviário, com o modelo de exploração vertical das malhas, dificilmente um novo *player* se interessaria pela licitação sem ter garantias de acesso aos portos, resultando em uma ferrovia que poderia transportar apenas as cargas com origem e destino no mercado interno e localizado nas cidades próximas à ferrovia. Ou seja, essa situação poderia tornar a novel ferrovia economicamente inviável para novos entrantes, uma vez que a demanda doméstica, pelo menos em médio prazo, não é significativa e a carga não possui as principais características para o transporte ferroviário: grandes volumes e longas distâncias.

189. Por certo, de forma mais explícita, o risco é claro e concreto no sentido de que a licitação pode acabar sendo disputada apenas pelas concessionárias que controlam a ferrovia Malha Paulista e o complexo EFC e FNS - Tramo Norte, ou seja, Rumo Logística S.A e Vale S.A (controladora da VLI Logística S.A), respectivamente.

190. A par desse problema, deve-se mencionar que a eventual proibição de que essas empresas participassem da licitação não se mostraria uma opção interessante, pois haveria sempre a possibilidade da entrada na licitação de empresas que, seja por controle indireto, seja por afinidade empresarial prévia, mantivessem laços próximos os grupos controladores das ferrovias adjacentes, o que acabaria por repolarizar a licitação em torno dos dois ramos empresariais, ligados aos setores do agronegócio e da mineração.

191. Desta feita, sem regulação sobre preço e disponibilidade para atender direito de passagem da nova ferrovia, *players* independentes - os quais não possuem qualquer tipo de arranjo estratégico-comercial prévio com as concessionárias atuais -, potenciais interessados na licitação pela subconcessão, sofrerão, de alguma forma, custos mais elevados para garantir acordos de passagem de sua carga pelas ferrovias adjacentes.

192. Portanto, conclui-se que é de suma importância que a Agência preveja regras claras para garantir a passagem dos trens da novel subconcessão pelas ferrovias adjacentes que dão acesso aos portos de exportação, de modo a reduzir na licitação condições assimétricas de concorrência - e de lance - para os interessados em participar do certame.

193. Não só isso, uma vez que a FNS passará a promover a integração do sistema ferroviário, é também de suma importância que as regras aplicadas a cada concessionária sejam uniformes, isonômicas e consistentes, de modo a impor padrão comportamental competitivo e eficiente em cada uma das concessionárias do sistema ferroviário nacional. Essa padronização visa promover o compartilhamento aberto e igualitário da superestrutura para com todas as demais empresas que desejam demandá-la.

194. Durante a reunião realizada no dia 11/4/2018, a ANTT apresentou as alterações promovidas após a Audiência Pública-ANTT 7/2017 visando garantir o acesso do futuro concessionário aos portos de Itaquí/MA e Santos/SP. Verificou-se, entretanto, que a ANTT ainda não havia estabelecido de que forma iria regular esse direito de passagem.

195. Assim, considerando a importância dessa decisão regulatória antes da publicação do edital, foi feita diligência à ANTT (peça 39) para que a Agência informasse qual a escolha regulatória seria adotada para garantir o direito de passagem da FNS nas ferrovias adjacentes.

196. Em síntese, a ANTT respondeu por meio do Ofício 91/2018/Sufer (peça 55) que optou pela celebração de Termos Aditivos aos contratos de concessão vigentes com as cinco concessionárias adjacentes ao trecho a ser subconcedido, fazendo constar nesse instrumento jurídico as diretrizes operacionais e parâmetros de desempenho a serem cumpridos pela concessionária, bem como o valor máximo de referência para a tarifa de direito de passagem para cada malha. Com base nessas condições limite, o novo subconcessionário poderá negociar e firmar Contratos Operacionais Específicos (COEs) com cada ferrovia adjacente.

197. A Agência encaminhou também as Notas Técnicas 34, 35, 36 e 37 (peça 80) contendo a descrição da metodologia utilizada, assim como os cálculos para a definição dos tetos-tarifários das concessionárias RMP, EFC, FTL e MRS, respectivamente;

198. Complementou que buscaria a assinatura dos termos aditivos de forma bilateral, porém caso as concessionárias se recusarem a assinar os respectivos Termos, a ANTT, no exercício de sua missão institucional, de forma a preservar o interesse público, celebrará unilateralmente tais instrumentos, tendo em vista a necessidade de garantir o direito de passagem dos trens, provenientes da FNSTC, com destino aos portos de Itaqui/MA e Santos/SP.

199. Por fim, explicou que as tarifas de referência calculadas (teto-tarifário) apresentam-se, em alguns casos, inferiores às tarifas constantes da modelagem econômico-financeira já apresentada, o que resultará em acréscimo do Valor de Outorga.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

200. Inicialmente cabe recordar que o direito de passagem ou tráfego mútuo entre as malhas são regidos por instrumentos conhecidos como Contrato Operacional Específico (COE), que é de livre negociação entre os concessionários, em que constam as condições operacionais das composições ferroviárias e as regras de preço para o exercício do direito de passagem.

201. Atualmente, a operacionalização da passagem da visitante fica condicionada à negociação livre da tarifa a ser praticada entre as partes e à existência de capacidade operacional não utilizada pela concessionária da ferrovia visitada. Nesse contexto, cabe à ANTT, em caso de divergências, promover o arbitramento da lide entre as concessionárias.

202. As preocupações demonstradas na Audiência Pública e nas reuniões técnicas resultaram em uma alteração na forma de regular o direito de passagem para o trecho ferroviário em análise. Constatou-se que a Agência optou pela definição das condições de contornos, expostas nas notas técnicas encaminhadas, a serem incluídas nos Termos Aditivos aos contratos, a serem firmados individualmente com as concessionárias. Nos casos em que não houver interesse da concessionária, a Agência informou que irá celebrá-los de forma unilateral, com base no interesse público e nas suas competências legais.

203. Nesse novo contexto, a subconcessionária vencedora saberá quais são as condições máximas para o exercício do direito de passagem, o que pode acarretar uma maior competitividade e diminuição do desequilíbrio do certame. Após firmar o contrato, a futura subconcessionária deverá, então, entrar em negociação com as outras concessionárias e promover a assinatura do COE junto a cada concessionária adjacente, documento necessário para o exercício do compartilhamento da via. No sentido norte a nova subconcessionária terá que firmar três COEs para acessar o Porto de Itaqui/MA e no sentido sul serão dois outros COEs para conseguir acessar o Porto de Santos/SP.

204. Sobre a opção escolhida, deve-se mencionar a premente necessidade de se oficializar preço máximo para direito de passagem e reserva de capacidade, com fins de proteção da operacionalização da novel ferrovia, devendo para isso, utilizar-se de todos os meios administrativos e jurídicos possíveis, em prol do interesse público. **Portanto, em que pese a ANTT ainda não ter apresentado os termos aditivos celebrados, entende-se como adequada a via adotada para garantir a instituição de tarifa-teto e reserva de capacidade.**

205. **Importante mencionar que os termos aditivos não representam cláusulas do tipo demanda firme (take-or-pay).** Tais instrumentos jurídicos garantem unicamente as condições de contorno máximas - tarifas-teto, quantidades de composições e condições operacionais - que servirão de base para a negociação e posterior assinatura de Contrato Operacional Específico (COE), entre a futura subconcessionária e cada concessionária adjacente, visando a passagem de cargas nas ferrovias até os portos.

206. Dessa forma, importante medida a ser tomada antes da publicação do edital de licitação da FNSTC é dar publicidade aos termos aditivos celebrados. **Dessa forma, julga-se pertinente propor determinação para que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS sem incluir os Termos Aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias**

que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem, no conjunto de documentos que comporão o edital, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.

IV.1. Metodologia de cômputo da tarifa-teto para direito de passagem

207. Conforme foi assinalado acima, a ANTT encaminhou, por meio do Ofício 91/2018/Sufer (peça 55), as Notas Técnicas 34, 35, 36 e 37/2018/Geafi/Sufer (peça 80), que descrevem a metodologia utilizada, bem como os cálculos para a definição dos tetos tarifários para o tráfego nas concessionárias Rumo S.A – Malha Paulista, Estrada de Ferro Carajás (EFC), Ferrovia Transnordestina S.A (FTL) e MRS Logística S.A, respectivamente, bem como as minutas dos termos aditivos a serem celebrados com as atuais concessionárias.

208. Por meio do Ofício 105/2018/Sufer (peça 59), a Agência encaminhou também a Nota Técnica 43/2018/Geafi/Sufer, que descreve a metodologia e a memória de cálculo diferenciada da tarifa-teto para direito de passagem a ser aplicada na FNS – Tramo Norte, acompanhada da minuta do Termo Aditivo a ser assinado.

209. Após breve análise, pôde-se detectar que a metodologia de cômputo da tarifa-teto para direito de passagem calculada para a FNS – Tramo Norte, contida no Ofício 91/2018-Sufer/ANTT (peça 55), foi diferente das demais em vista do fato de que tal ferrovia não possui histórico de ter concedido direito de passagem a outras concessionárias pelo seu percurso. Tais metodologias serão explicadas a seguir.

Metodologia da tarifas-teto de direito de passagem das Malhas EFC, MP, FTL

210. A metodologia foi fundamentada no sentido de que o teto tarifário representasse tarifas adequadas aos encargos efetivamente incorridos pelas concessionárias visitadas, em regime de direito de passagem.

211. Durante a Audiência Pública, a Agência enviou ofícios às concessionárias para que encaminhassem proposta comercial contendo valor-teto para a tarifa de direito de passagem, tendo como premissa que futura regulação seria necessária apenas para as viagens que tivessem como destino ou origem nos portos. Para as viagens que objetivassem demandar pontos de carregamento ou descarregamento ao longo das ferrovias, as respectivas tarifas deveriam ser negociadas livremente entre as partes, sem qualquer restrição de teto tarifário.

212. Depois, analisaram-se os valores sugeridos com os valores de tarifa mais recorrentes cobrados por cada concessionária, de acordo com registros no sistema de dados ferroviários da ANTT (SAFF). Caso o valor sugerido estivesse próximo ao registrado, concluía-se pela adoção do valor efetivamente praticado como teto. Caso negativo, procedia-se à aplicação da metodologia baseada em projeção de custos incorridos no percurso em regime de direito de passagem, explicada a seguir, para o cômputo do valor do teto.

213. Vale ressaltar que apenas o valor sugerido pela MRS Logística S.A. se encontrou próximo dos valores praticados - registrados no SAFF. Portanto, a ANTT adotou o valor encontrado pelo cômputo da média ponderada das tarifas de direito de passagem praticadas regularmente pela MRS, ou seja, R\$ 4,62 por tonelada útil.

214. A metodologia utilizada para as concessionárias FTL, EFC e RMP se baseou no cômputo dos custos em que elas incorreram com percursos realizados em regime de direito de passagem para o ano de 2016. Como já dito, o cálculo da tarifa-teto partiu da premissa de que a concessionária visitante deverá obrigatoriamente pagar a tarifa equivalente ao percurso integral de toda a extensão do corredor ferroviário da malha visitada, até a chegada ao porto. Para as cargas que não possuem destino exportação, a ANTT previu a necessidade de que as partes negociem um COE específico.

215. A equação utilizada pela ANTT como base do cálculo da tarifa-teto do direito de passagem para as concessionárias que possuem circulação de cargas de outras malhas encontra-se a seguir:

$$Tarifa = \frac{CD.\%DP}{TKU_{dp} \cdot (1 - margem)} \cdot dist$$

Onde:

CD = Custos e despesas da concessionária visitada em 2016;

%DP = relação percentual entre a TU gerada por direito passagem e a TU total da concessionária visitada;

Margem = margem EBIT/ROL da concessionária visitada ou, no mínimo, 21,11% (margem média do setor);

TKUdp = TKU gerada por direito passagem na concessionária visitada;

Dist = distância que a FNSTC percorrerá na concessionária visitada; e

Tarifa = tarifa máxima do direito de passagem a ser cobrado da FNSTC quando visitante, definida em R\$/tonelada útil, sobre a qual incidirão PIS e Co fins.

216. Do total de custos e despesas apurados em cada concessionária, aplicou-se uma percentagem de margem de lucro. A margem de lucro seguiu a razão EBIT/ROL, representado pela divisão do lucro antes de juros e imposto de renda (LAJIR), em português, pela Receita Operacional Líquida (ROL) de cada concessionária no ano de 2016.

217. Após calcular a margem EBIT/ROL das concessionárias, a Agência extraiu a média simples dessa razão, que foi considerada a média setorial, no valor de 21,11%. Em seguida, a razão a ser incluída na equação para cada concessionária foi a maior entre (i) a margem EBIT/ROL da própria concessionária no ano de 2016 e a (ii) média do setor para o mesmo ano, ou seja, para as concessionárias que possuíam margem EBIT/ROL abaixo da média setorial, adotou-se o valor de 21,11%. Tal decisão foi justificada pela ANTT pela existência de concessionárias com margem negativa, visando resguardar um mínimo de retorno para concessões com operação deficitária. Para as concessionárias com margem acima da média, foi adotado o valor efetivamente apurado, privilegiando as concessionárias mais eficientes com a manutenção de seus índices de retorno.

218. Do resultado, que, a princípio, exporia a parte da receita da concessionária que teria sido auferido com o tráfego de outras malhas, dividiu-se pela tonelada-quilometragem útil percorrida na ferrovia em regime de direito de passagem no mesmo ano. Depois, multiplicou-se a distância obrigatória a ser percorrida na malha visitada em regime de direito de passagem, para se obter o valor em reais da tarifa máxima a ser cobrada por tonelada útil.

Metodologia da tarifa-teto de direito de passagem da FNS - Tramo Norte

219. No caso da FNS - Tramo Norte, verificou-se a impossibilidade de aplicação da metodologia descrita anteriormente, pois não há registro no SAFF da utilização da ferrovia em regime de direito de passagem até o presente momento. As cargas deverão começar a circular de forma mais acentuada pela FNSTN a partir do início da operação da FNSTC, portanto impenhou à ANTT o desenvolvimento de outro método para se calcular o valor de tarifa-teto para direito de passagem da FNS - Tramo Norte.

220. Conforme consta da Nota Técnica 043/2018/GEAFI/SUFER/ANTT (peça 59) encaminhada, a ANTT utilizou as tarifas-teto de direito de passagem calculadas pela metodologia anterior para as concessionárias Rumo, Vale, Tansnordestina e MRS como ponto de partida para calcular a proporção entre a tarifa-teto para o transporte de cargas e a tarifa-teto para o direito de passagem.

221. Essa razão da tarifa-teto de direito de passagem foi calculada pela tarifa-teto do item 'demais produtos' da tabela tarifária de transportes ferroviários para cada concessionária, porque o tipo 'demais produtos' constitui-se no único item que pôde ser encontrado concomitantemente nas tabelas tarifárias das concessionárias ferroviárias comparadas.

222. Em seguida, apurou-se a média simples das razões calculadas das concessionárias, que resultou no valor de 23,28%, conforme tabela a seguir. Esse percentual, por sua vez, foi multiplicado pela tarifa-teto do item 'demais produtos' da tabela tarifária da FNS - Tramo Norte, cujo resultado se constituiu na tarifa-teto de direito de passagem para a referida ferrovia: R\$ 23,39 por tonelada útil.

Tabela 10: Razão entre as tarifa-teto de transporte ferroviário e a tarifa-teto do direito de passagem.

Concessionária	Tarifa-teto para o item 'demais produtos'	Tarifa-teto para o direito de passagem	Razão
MRS	15,20	4,62	30,39%
RMP	151,36	21,70	14,34%
EFC	50,73	14,54	28,66%
FTL	29,05	5,73	19,72%
Média Simples			23,28%

Fonte: Nota Técnica 43/2018/GEA FI/SUFER/ANTT (peça 59, p. 7)

Análise da SeinfraPortoFerrovia

223. No que tange à metodologia aplicada às concessionárias FTL, RMP e EFC, a equação utilizada para cômputo da tarifa-teto para o direito de passagem está relacionada com os custos e despesas efetivamente incorridos pelas concessionárias no compartilhamento da via, bem como com uma margem de lucro operacional que refletirá o retorno sobre o risco/oportunidade de se receber composições de outras concessionárias visitantes em sua malha.

224. Para isso, utilizou-se dos dados existentes no Sistema de Informações para a Regulação Econômica e Fiscalização Financeira (SIREF), instituído por meio da Resolução-ANTT 2.495/2007, considerado sistema informatizado hábil para receber os demonstrativos contábeis das concessionárias, seguindo as normas do Manual de Contabilidade do Serviço Público de Transporte de Cargas e Passageiros. Os dados contábeis são, portanto, inseridos no sistema pelas próprias concessionárias.

225. Importante destacar que, pela natureza da relação entre as partes, o processo de definição de uma tarifa-teto apresenta grande assimetria de informação entre a concessionária e o regulador, especialmente nos casos em que a concessionária possui a produção verticalmente integrada. Outra questão que deve ser apontada é que as concessões ferroviárias brasileiras são poucas e possuem características de cargas e de malha distintas entre si.

226. A avaliação detida dos termos da equação mencionada anteriormente permite verificar que a ANTT optou pela adoção de uma fórmula simplificada para o cálculo das tarifas-teto a serem incluídas nos termos aditivos, em especial na consideração da porcentagem de toneladas úteis transportadas no direito de passagem (%DP), na margem de lucro a partir da razão EBIT/ROL, na utilização dessa mesma razão em apenas um ano em vez de considerar um período maior de tempo, entre outros.

227. Quanto à metodologia adotada para a FNS - Tramo Norte, em vista da ausência de custos incorridos em regime de direito de passagem na FNSTN, a ANTT utilizou metodologia diversa em que considerou a média das razões de todas as concessionárias entre a tarifa-teto de direito de passagem, calculada pela metodologia baseada nos custos incorridos, e a tarifa-teto 'cheia' de transporte ferroviário utilizada para calcular a tarifa-teto dessa empresa.

228. O único item em comum das categorias de mercadorias contidas nas tabelas tarifárias entre as concessionárias analisadas é o item 'demais produtos'. Esse tipo de mercadoria foi utilizado na metodologia para a FNT - Tramo Norte para o cálculo da média do setor (peça 59, p. 11), que tem composição diferenciada para cada uma das concessionárias reguladas, como pode ser observado pela Nota Técnica 142/2011/Sucar/Sureg/ANTT (peça 82) que promoveu a revisão tarifária das concessionárias abaixo transcrito:

‘Na construção das novas tabelas tarifárias, a ANTT avaliou, com base na movimentação de cargas de 2010 informada no SAFF, qual a pauta de produtos mais relevante de cada concessionária, que justifica a construção da tabela tarifária para esses produtos. O critério de filtro adotado para se construir a tabela tarifária de determinado produto foi identificar os produtos que tiveram movimentação em 2010 de pelo menos 10 trens por ano, ou aproximadamente 60.000 tu/ano no caso de carga geral e 100.000 tu/ano para granéis minerais. Os produtos com movimentação abaixo desses volumes foram enquadrados na classificação de

Demais Produtos. (Nota Técnica 142/Sucar/Sureg, de 26/12/2011, peça 82, p. 33)

229. Assim, os produtos que compuseram o grupo ‘demais produtos’ foram assim classificados nas tabelas tarifárias de cada concessionária por não alcançarem nível de movimentação mínimo nas ferrovias e são diferentes entre concessionárias, indicando uma possível fragilidade na adoção desse item para o cálculo da tarifa-teto.

230. Apesar das duas metodologias apresentaram potenciais fragilidades, verifica-se que não é uma tarefa simples conhecer efetivamente qual seria a tarifa máxima possível de ser praticada pelas concessionárias porque tais valores estão diretamente relacionados com a estratégia comercial de cada uma delas, que é sigilosa. Nesse ponto, menciona-se que as tarifas calculadas pelas metodologias propostas foram inferiores àquelas inicialmente consideradas nos estudos econômicos.

231. A Agência poderia ter utilizado outros termos na fórmula ou adotar outras metodologias que fossem mais completas, entretanto não é possível considerar que as fragilidades existentes na opção regulatória adotada configuram irregularidades a ponto de impedir a continuidade do processo de licitação, uma vez que o valor da tarifa-teto do direito de passagem incluída nos termos aditivos que serão celebrados com as concessionárias adjacentes ainda será objeto de negociação e, caso a futura subconcessionária venha sofrer restrições, a ANTT deverá, segundo o inciso V do art. 25 da Lei 10.233/2001, interceder de forma a arbitrar as questões não resolvidas pelas partes.

232. Portanto, em que pesem as fragilidades detectadas nas metodologias, considera-se que as simplificações adotadas nas premissas para de finição de uma tarifa-limite para o exercício do direito de passagem pela ANTT, e que servirão de condições de contorno para a celebração de COEs entre as concessionárias, não impedem o prosseguimento do certame em análise, motivo pelo qual deixa-se de propor encaminhamentos.

IV.2. Reserva de Capacidade Operacional

233. Em cada termo aditivo, pôde-se detectar estipulação de garantia de capacidade operacional a ser disponibilizada para a FNS - Tramo Central **nos primeiros cinco anos da subconcessão**, conforme tabela abaixo:

Tabela 11: Direito de Passagem da FNS - Tramo Central nas demais ferrovias (quantidade de pares de trens/dia).

Ferrovia Visitada	2018	2019	2020	2021	2022
Na Margem direita da MRS	0,0006	0,0009	0,0011	0,2646	0,4031
Na Margem esquerda da MRS	0,0006	0,0009	0,0011	0,2646	0,4031
Na Ferrovia Transnordestina Logística S.A.	0,1	0,13	0,16	0,2	0,24
Na Estrada de Ferro Carajás	0,15	0,2	0,26	0,33	0,4
Na Ferrovia Norte-Sul Tramo Norte	0,19	0,25	0,33	0,41	0,5
Na Malha Paulista	0,01	0,01	0,02	0,63	0,96

Fonte: Adaptado das notas técnicas 34 a 37 e 43 (peças 59 e 80).

234. Tais valores de capacidade a serem garantidos para a ferrovia FNSTC foram extraídos da planilha de modelagem econômico-financeira, que expõe como foram particionadas as receitas geradas pelos fluxos de carga do estudo de demanda que passam por mais de uma ferrovia entre receita de direito de passagem e receita por tarifa ‘cheia’ de transporte ferroviário.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

235. No que tange à decisão quanto à necessidade de reserva obrigatória de capacidade operacional nas atuais concessionárias ferroviárias por meio de termo aditivo - ou por meio de resolução de obediência compulsória - em caso de litígio com as concessionárias, em nome do interesse público superveniente, posiciona-se no sentido de que a medida parece ser adequada para conceder segurança jurídica e reduzir assimetrias na licitação.

236. Em relação ao prazo de vigência dos termos aditivos firmados com as demais concessionárias, entretanto, deve-se mencionar a fragilidade na opção da ANTT por regular reserva de capacidade operacional para a FNS - Tramo Central apenas para os primeiros cinco anos da subconcessão. Na hipótese de não ocorrer renovação de prazo das principais concessões adjacentes (Malha Paulista,

EFC e MRS), tais restrições podem se manter até o final da vigência dos atuais contratos (2027) e dependerá, como já descrito, da regulação e arbitramento pela ANTT para a resolução de potenciais conflitos.

237. No entanto, frente à possibilidade de prorrogação dos prazos de vigência dos atuais contratos das concessionárias adjacentes, cujos pleitos de prorrogação antecipada se encontram em análise pela ANTT, considera-se que a Agência terá a oportunidade de tratar essas condicionantes na prorrogação das avenças, de forma ordinária ou antecipada. Portanto, no acompanhamento das prorrogações contratuais das concessionárias RMP, MRS, EFC e FTL, o Tribunal poderá verificar de que forma a ANTT incluiu a previsão de reserva de capacidade das malhas, visando a integração do sistema ferroviário. **Portanto, deixa-se de propor encaminhamentos.**

238. Ademais, deve-se mencionar que a FNS - Tramo Central, com o início de sua operação, será o eixo integrador de várias malhas ferroviárias nacionais que se encontravam até então desconectadas.

239. Nessa linha, sem o estabelecimento de condições para negociação dos COEs que prevejam, no mínimo, tarifas-teto pelo direito de passagem em cada ferrovia - não só para a FNSTC, mas também para as demais concessionárias ferroviárias - será difícil, senão impossível, incentivar a criação e o estímulo da produção de transporte por Operadores Ferroviários Independentes (OFIs), pois sempre haverá o incentivo, pelas características monopolistas do negócio ferroviário, que as atuais concessionárias aumentem o valor do direito de passagem a fim de afugentar competidores e, por conseguinte, reservar parte dos fluxos para a própria concessionária demandada. Como consequência, a atual ausência de uma regulação econômica do direito de passagem pela ANTT desestimula que os OFIs realizem investimentos na aquisição de material rodante.

240. Vê-se que a Agência definiu na Agenda Regulatória-ANTT 2017/2018 a necessidade de disciplinar a outorga de autorização de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por Operador Ferroviário Independente (OFI), para que estes possam prover maior competitividade e consequentemente reduzir preços dos fretes de transporte de cargas (*vide* http://agendaregulatoria.antt.gov.br/index.php/content/view/2996/Eixo_Tematico_4.html, acesso em: 4/7/2018)

241. Salienta-se que, caso não haja a instituição de mecanismos regulatórios, a essência do que são os operadores ferroviários independentes, empresas que transportam cargas por meio de direito de passagem, estará ameaçada e, portanto, essas empresas dificilmente conseguirão meios de viabilizar a sua operacionalização. Portanto, impende-se, no presente momento, promover as discussões necessárias para estabelecer as condições em que se dará o compartilhamento das ferrovias entre as concessionárias e os operadores ferroviários independentes.

242. Ademais, a exemplo do processo de revisão tarifária empreendida a cada quinquênio, entende-se que a Agência deve avaliar o estabelecimento de periodicidade também para a revisão das tarifas-teto e das outras condições regulatórias estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem, pois os requisitos e condições operacionais e financeiras tendem a mudar constantemente com a evolução tecnológica e os ganhos de eficiência alcançados.

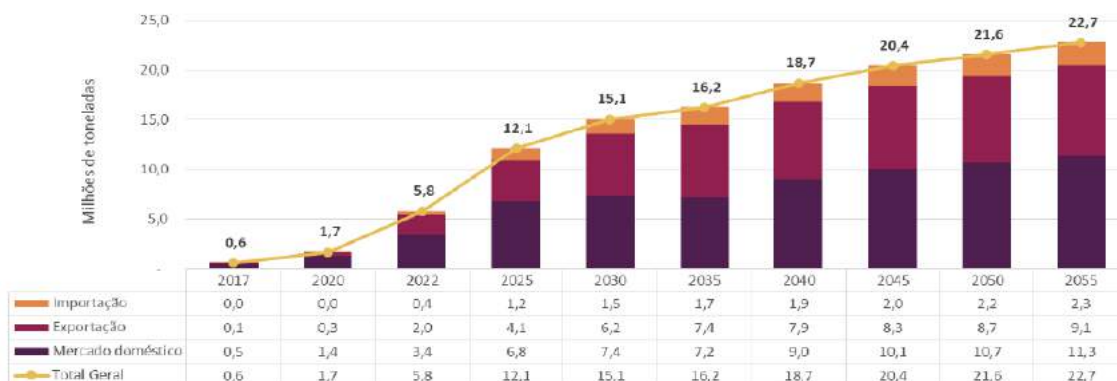
243. Desta feita, propõe-se recomendar à ANTT que avalie formas de promover o uso das ferrovias por meio do compartilhamento cruzado entre as concessionárias e também por meio dos operadores ferroviários independentes, considerando durante as discussões a serem realizadas no âmbito da Agenda Regulatória a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem.

IV.3. Fluxos de carga não dirigidos ao comércio exterior

244. A decisão da ANTT em regular tarifa-teto de direito de passagem das concessionárias adjacentes previu apenas a possibilidade de garantir o acesso das cargas captadas pela futura subconcessionária com destino aos portos de Itaquí/MA e Santos/SP, contudo não incluiu nas minutas dos termos aditivos as condições para as cargas que possuem origem ou destino ao longo das ferrovias adjacentes. Para essa situação, a ANTT previu a possibilidade de que as partes

promovam a livre negociação para a celebração de COE entre os agentes e o arbitramento pela Agência em caso de divergências.

Figura 6 - Demanda alocada na FNS - Tramo Central, por tipo de fluxo



Fonte: Caderno de Demanda (peça 70)

245. Ressalta-se ainda que, segundo gráfico resumo apresentado no estudo de demanda da subconcessão (peça 70, p. 60), acima reproduzido, em 2020, mais de 82% da demanda da FNS - Tramo Central se constitui de demanda doméstica. Especificamente, segundo o estudo de demanda (peça 70), no ano de 2020, prevê-se que dos 0,77 milhão de TU de carga captada pela FNS - Tramo Central projetados para serem transportados em regime de direito de passagem na FNS - Tramo Norte, apenas 0,36 milhão de TU passarão pela FTL para acessar o Porto de Itaqui/MA. Isso significa que a diferença de 0,41 milhão de TU, ou seja, quase 53,1% da carga nesse ano captada pela FNS - Tramo Central tem como destino final as malhas ferroviárias adjacentes, conforme apresentado na Tabela 12 a seguir.

Tabela 12: Fluxos de carga no sentido norte (em TU x 10⁶)

Fluxo de Carga da FNSTC	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028
na FNS - Tramo Norte	0,60	0,77	0,98	1,19	1,41	1,64	1,74	1,78	1,82	1,86
na EFC	0,48	0,62	0,78	0,94	1,12	1,30	1,38	1,41	1,45	1,48
na FTL	0,28	0,36	0,45	0,54	0,64	0,74	0,81	0,83	0,86	0,88
Demanda doméstica	0,32	0,41	0,53	0,65	0,77	0,90	0,93	0,95	0,96	0,98
Percentual da carga não exportada	53%	53%	54%	54%	55%	55%	54%	53%	53%	53%

Fonte: Adaptado do estudo de demanda.

246. No sentido sul, a parcela prevista com destino ao mercado doméstico cai de aproximadamente 7% em 2021 para 5% a partir de 2025, conforme tabela a seguir. A parcela da demanda doméstica para os anos de 2019 e 2020 é proporcionalmente relevante, contudo o número absoluto é praticamente nulo, uma vez que o início da operação nesse sentido somente se iniciará após a conclusão das obras da Extensão Sul.

Tabela 13: Fluxos de carga no sentido sul (em TU x 10⁶)

Fluxo de Carga da FNSTC	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028
na ALLMP	0,03	0,03	1,43	2,17	2,95	3,80	5,24	5,95	6,68	7,41
na MRS	0,01	0,01	1,33	2,03	2,77	3,57	4,96	5,66	6,38	7,10
demanda doméstica	0,02	0,03	0,10	0,14	0,18	0,23	0,28	0,29	0,30	0,31
Percentual da carga não exportada (%)	80,45	80,27	7,01	6,52	6,26	6,07	5,30	4,83	4,45	4,15

Fonte: Adaptado do estudo de demanda.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

247. Sem a regulação de tarifa de direito de passagem para pontos intermediários das malhas adjacentes, há o risco de que os fluxos de demanda doméstica captados pela FNS - Tramo Central, para carregamento ou descarregamento ao longo das demais ferrovias, não possam ser realizados pela futura subconcessionária a preços justos.

248. A negociação livre da tarifa entre as partes a ser praticada por percursos menores do que o trajeto até os portos de Santos/SP e Itaqui/MA pode causar incertezas quanto à viabilidade de a futura subconcessionária poder efetivamente transportar cargas com destino ou origem ao longo das malhas adjacentes, o que, por conseguinte, podem criar ambiente de discriminação seletiva na licitação pela subconcessão.

249. Ante o exposto, **propõe-se recomendar à ANTT que avalie, previamente à publicação do edital da Ferrovia Norte Sul - Tramo Central, o impacto às 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, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias.**

V. Instrumentos jurídicos

250. Os instrumentos jurídicos encaminhados juntamente com os estudos que embasam a licitação da FNS foram a minuta de edital e a minuta de contrato, ambas acompanhadas dos respectivos anexos (peças 66 e 65). Seguem algumas considerações sobre os principais itens descritos nos instrumentos jurídicos.

V.1. Bens da subconcessão

251. Os bens da subconcessão são definidos no item 3 da minuta de contrato (peça 65) como os bens necessários à prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas associado à exploração de infraestrutura ferroviária, cuja posse, guarda, manutenção, conservação e vigilância são de inteira responsabilidade da subconcessionária.

252. Nessa definição, nos termos do item 3.1 (ii) da minuta de contrato, incluem-se os bens adquiridos, arrendados, locados e construídos para a execução do Contrato, aqueles cuja posse foi transferida pela Interviente subconcedente (Valec) e todos os bens decorrentes de investimentos realizados por usuários em razão do objeto da subconcessão.

253. O item 3.1 (iii) da minuta de contrato (peça 65) indica que a transferência para a subconcessionária da malha ferroviária se dará inicialmente por meio de termo de recebimento provisório e, após o prazo de 365 dias, passará a vigor o termo de recebimento definitivo descrito no item 3.1 (iv) da minuta. A partir do termo definitivo, a subconcessionária passará a se responsabilizar pelos bens, o que inclui a manutenção prevista no caderno de obrigações.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

254. Contatou-se que o processo de recebimento da malha ferroviária construída pela Valec está definido, contudo as indefinições acerca das obras remanescentes da Extensão Sul, apontadas no item 3.3.2.2 da presente instrução, podem indicar a necessidade de reequilíbrio da avença. Tais preocupações foram apontadas naquela seção do texto. **Dessa forma, deixa de se propor encaminhamentos.**

V.2. Regras de compartilhamento da infraestrutura ferroviária e dos recursos operacionais

255. Complementarmente ao exercício do direito de passagem, a minuta de contrato traz um capítulo destinado ao compartilhamento da infraestrutura e dos recursos operacionais com os concessionários de outras malhas. Tendo em vista a necessidade de deslocamento das composições próprias e de terceiros na malha ferroviária a ser subconcedida, verifica-se que se trata de uma boa prática incluir esse item no rol de obrigações contratuais.

256. No texto do item 9 e subitens da minuta encaminhada, destaca-se a responsabilidade da subconcessionária em disponibilizar equipamentos compatíveis com seus sistemas de sinalização e

de comunicação aos terceiros interessados, conforme transcrito a seguir.

‘9.1. A Subconcessionária é responsável por disponibilizar equipamentos compatíveis com seus sistemas de sinalização e comunicação às locomotivas do terceiro interessado, às expensas do terceiro interessado;

(...)

9.6 A ordem de despacho dos trens deverá obedecer à ordem de chegada, de modo que o primeiro a chegar também seja o primeiro a sair.’

257. Além da compatibilização dos equipamentos e dos sistemas de sinalização, o regulador se preocupou com a possibilidade de que a subconcessionária priorize o movimento das suas composições em detrimento dos demais interessados, motivo pelo qual incluiu o item 9.6 na minuta de contrato. Esse item está alinhado com o interesse público em disponibilizar amplo acesso às malhas adjacentes de forma a propiciar a interoperabilidade do setor ferroviário.

258. Essa medida é complementar às medidas a serem adotadas visando a garantir o direito de passagem dos operadores ferroviários autorizados a explorar o serviço de transporte de cargas ferroviário, contudo não há indicação se a ANTT está estruturada para realizar esse acompanhamento e quais informações são necessárias para que o órgão regulador promova a fiscalização dessa cláusula contratual.

259. Verifica-se que essa preocupação deve se estender aos demais contratos de concessão vigentes e aos que virão a ser licitados, pois com a atuação tempestiva e efetiva da Agência, esse dispositivo poderá contribuir para a interoperabilidade do setor ferroviário brasileiro.

260. Portanto, propõe-se recomendar à ANTT que realize análise de impacto organizacional no sentido de verificar, em especial na 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.

V.3. Valor de outorga

261. A minuta de contrato da subconcessão encaminhada (peça 65, p. 9) define no seu item 1.1 (Ixiii) que o valor de outorga é a contrapartida pecuniária, a ser paga trimestralmente pela subconcessionária durante o prazo da subconcessão, calculada a partir do lance vencedor, pelo direito de explorar o serviço público de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura da malha ferroviária em tela.

262. O critério para definição da proposta vencedora da licitação, conforme item 17.2 da minuta de edital, será o maior lance acima do valor calculado na planilha de modelagem econômico-financeira (MEF) indicativa, elaborada pela ANTT por meio da metodologia do fluxo de caixa descontado (FCD) contendo as premissas indicadas nos estudos encaminhados pela Agência.

263. Para o pagamento do valor de outorga, a ANTT optou por exigir uma antecipação de cinco por cento do valor do lance vencedor, a ser paga previamente à assinatura do contrato de subconcessão, e o restante deve ser pago em parcelas uniformes trimestrais, conforme fórmula contida na minuta de contrato:

$$P = \left[0,2375 * L * \left(\frac{IPI}{IPO} \right) \right] * \left(\frac{1,0265^{119} * 0,0265}{1,0265^{120} - 1} \right), \text{ onde}$$

P = Valor da primeira parcela do Valor de Outorga, a ser paga pela subconcessionária;

L = corresponde ao valor do lance vencedor do Edital de Subconcessão, oferecido na data-base a ser definida;

IPI = corresponde ao número-índice do IPCA de dois meses anteriores à data de assunção;

IPO = corresponde ao número-índice do IPCA na data de assunção.

264. A fórmula pode ser dividida em três partes, sendo a primeira correspondente à porcentagem do lance vencedor a ser uniformizada, a segunda reflete a atualização financeira pelo índice IPCA e a última parte corresponde à aplicação matemática para a uniformização do principal em 120

parcelas capitalizadas com os juros equivalentes trimestrais para refletir a taxa de desconto anualizada, que é de 11,03% ao ano.

265. Realizou-se as análises nas fórmulas da atualização financeira e da uniformização do pagamento em parcelas iguais ao longo da concessão, contudo verificou-se uma inconsistência na primeira parte tendo por base que ela deveria refletir o restante da outorga a ser paga, ou seja, 95% do lance ofertado, pois cinco por cento serão pagos antes da assinatura do contrato. Dessa feita, questionou-se a Agência para que justificasse a inconsistência na minuta do contrato (peça 64).

266. Em resposta, a Agência (peça 61) detalhou a fórmula e apontou que identificou erro material na sua elaboração, de maneira que ajustará o termo '0,2375' para '0,95' e fará a retificação no edital que será publicado para a realização do leilão.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

267. A resposta da ANTT indicou que havia erro material na fórmula do item 20.1 da minuta de contrato, que não refletia o pagamento dos 95% do valor do lance vencedor ajustados para parcelas trimestrais. **Tendo em vista que a ANTT reconheceu que irá ajustar a fórmula do cálculo do valor da outorga antes da publicação do edital e do contrato, deixa-se de propor novos encaminhamentos para a presente questão, entretanto ressalva-se que este ponto será monitorado nas próximas etapas do acompanhamento.**

V.4. Operações Acessórias e Atividades Alternativas

268. A minuta de contrato encaminhada indica que as Atividades Alternativas contemplam quaisquer atividades de prestação de serviço não relacionadas ao objeto da subconcessão, nos termos da regulamentação específica da ANTT. Por sua vez, as Operações Acessórias são definidas como aquelas complementares à realização do transporte ferroviário de cargas e que poderão compor o conjunto de receitas da subconcessionária, também definidas nos termos da regulamentação específica da Agência.

269. Assim sendo, a subconcessionária poderá ser remunerada por meio do preço pago pelo usuário para a prestação de serviço das operações acessórias e das atividades alternativas, além de auferir receita por meio da cobrança de tarifas - seja de transporte, de tráfego mútuo ou de direito de passagem - pela prestação do serviço de transporte de cargas.

270. No âmbito da Audiência Pública-ANTT 7/2017, verificou-se a existência de manifestações relacionadas com a cobrança do preço pelos serviços conforme transcrição a seguir.

‘(xii) Explicitar a aplicação do mecanismo constante do art. 11 da Lei 8.987/95, de forma a dar maior transparência aos potenciais licitantes internacionais, conforme Item 39 deste Parecer;

Resposta da Área Técnica Contribuição rejeitada por análise de mérito.

A disciplina em favor da subconcessionária sobre a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, nos termos do art. 11 da Lei nº. 8.987/95 será objeto de regulamentação pela ANTT. **Cumprido ressaltar que o tema vem sendo desenvolvido pela Sufer/ANTT, no âmbito de suas atividades regulatórias, tendo sido realizada a Audiência Pública n.º 011/2017, que teve por escopo o aprimoramento da proposta de Resolução sobre a exploração de projetos associados pelas concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas.**

(...)

(xxviii) Avaliar a conveniência de se exigir da Subconcessionária o registro e divulgação da estatística dos valores de tarifas acessórias (valores máximo, mínimo, média e desvio padrão), conforme Item 85 deste Parecer;

Resposta da Área Técnica Contribuição parcialmente aceita.

Encontra-se em curso, no Eixo Temático 4, da Agenda Regulatória da ANTT, proposta de regulamentação dos serviços públicos associados ao transporte ferroviário de cargas, na qual se discutirá, inclusive, aspectos referentes à regulação das tarifas acessórias. Por se tratar de tema de abrangência geral, entendemos que será melhor explorado mediante edição de normativo da

agência.’

Análise da SeinfraPortoFerrovia

271. Como a própria ANTT reconhece, a regulação dos preços praticados pelas concessionárias se justifica pela necessidade de reversão das receitas alternativas e acessórias para a modicidade tarifária, prescrito no art. 11 da Lei 8.987/1995, e com a possibilidade de uma concessionária exercer poder econômico capaz de excluir outros competidores do mercado, pelo aumento abusivo de preços de acesso ao transporte ferroviário.

272. A planilha que contém a modelagem econômico-financeira indica que as receitas da subconcessionária relacionadas com as operações acessórias ao transporte ferroviário alcançam a monta de R\$ 2,37 bilhões a valor presente, o que representa 20% de toda a receita bruta do projeto. As receitas advindas das atividades alternativas são menos relevantes e representam apenas 0,5% da receita total trazida a valor presente.

273. Ocorre que ambos os serviços estão previstos em todos os contratos de concessão ferroviária e podem ser relevantes para a prestação do serviço outorgado, por isso uma regulação setorial, em vez de uma regulação por meio de cada contrato, se apresenta como a melhor alternativa.

274. Como descrito na resposta às contribuições feitas na Audiência Pública (peça 51), a matéria foi incluída como um dos assuntos do eixo temático do transporte ferroviário de cargas na Agenda Regulatória da Agência relativa ao biênio 2017/2018 por meio da Resolução-ANTT 5.759/2018.

275. Diante da materialidade e relevância desse tema para as concessionárias e para os usuários do serviço de transporte ferroviário, **propõe-se recomendar que a ANTT promova a discussão dos temas Operações Acessórias e Atividades Alternativas com os interessados e avalie as possíveis alternativas da regulação setorial da prestação desses serviços.**

V.5. Matriz de alocação de riscos

276. Diante do fato que diversas situações futuras, não previstas no contrato, possam impactar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, verifica-se a importância de se elaborar uma matriz contendo a alocação de riscos entre o privado e o poder público.

277. Nesse sentido, o item 23.5 da minuta de contrato da subconcessão (peça 65) da FNSTC, conforme previsto na Lei das Concessões, apresenta dispositivo que determina a recomposição pela ANTT do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, sempre que atendida as condições do contrato e respeitada a alocação de riscos.

278. Mais adiante, no item 27 da mesma minuta (peça 65), a ANTT elaborou um rol que contempla a alocação dos riscos entre o parceiro privado e o poder concedente. De uma maneira geral, a subconcessionária será a integral e exclusiva responsável por todos os riscos relacionados à subconcessão, inclusive, mas não limitado, aos riscos listados no item 27.1, enquanto o poder concedente se responsabilizará pelos riscos elencados no item 27.2. Os principais riscos alocados ao subconcessionário podem ser divididos em riscos de receita, de custos, de investimentos, e de fato da administração, entre outros. A Tabela 14 apresenta esses principais riscos.

Tabela 14: Principais riscos alocados ao subconcessionário

Tipo de risco	Descritivo do item 27.1 da minuta de contrato
Receita	(a) volume de carga transportada em desacordo com suas projeções; (b) inadimplemento dos Usuários em relação às Tarifas e outras receitas;
Custos	(c) os vícios em bens a ela transferidos em razão da Subconcessão e que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente, nos termos da subcláusula 3.1 (iii). (d) obtenção de licenças, permissões, autorizações, manifestações e outorgas relativas à Subconcessão, com exceção do disposto na subcláusula 4.4; (e) valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes de Desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas, ocupação provisória de bens imóveis,

Tipo de risco	Descritivo do item 27.1 da minuta de contrato
	custos e encargos decorrentes do processo de licenciamento ambiental de operação e desocupações da faixa de domínio, observado o disposto na subcláusula 5.1 ; (h) perecimento, destruição, roubo, furto, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos Bens da Concessão; (j) aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros; (k) variação das taxas de câmbio; (m) recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental relacionado à Ferrovia, cujo fato gerador seja posterior à Data de Assunção; (...) (q) responsabilidade por acidentes e danos causados pela Subconcessionária a terceiros e aos Usuários; (r) vícios ocultos dos Bens da Subconcessão por ela adquiridos ou locados; (...) (u) segurança operacional e patrimonial da Ferrovia; (...) (z) obtenção do financiamento para a execução do Contrato;
Fato da administração	(l) modificações na legislação de impostos sobre a renda;
Investimentos	(f) ressalvado o disposto na subcláusula 27.2, custos excedentes, bem como atraso ou descumprimento do Caderno de Obrigações (...) (v) alterações nos Projetos apresentados e no cronograma do Plano de Investimentos por iniciativa da Subconcessionária; (x) mudanças tecnológicas implantadas pela Subconcessionária e que não tenham sido solicitadas pela ANTT; (y) falhas técnicas no desenvolvimento dos projetos;
Outros	(i) manifestações sociais e públicas que afetem de qualquer forma a prestação dos serviços, o cumprimento do Caderno de Obrigações e demais obrigações relacionados ao Contrato; (bb) implantação de novas rotas ou caminhos alternativos para o transporte de carga do modal ferroviário, e que impactem os volumes de transporte da Subconcessionária, desde que não componham o Sistema Nacional de Viação (SNV) na data de assinatura deste Contrato; (cc) pagamento dos valores monetários previstos no Contrato de Subconcessão.

Fonte: Adaptado da minuta do contrato de concessão (peça 65, p. 35-38) com grifo nosso.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

279. Percebe-se que, em comparação com os contratos de concessão de ferrovia celebrados na década de 90, a matriz de risco presente na minuta do contrato analisada (peça 65) se mostra mais robusta e mais completa, indicando que a evolução desse quesito se mostra uma boa prática regulatória.

280. Da análise dos riscos previstos na minuta de contrato da subconcessão da FNS (peça 65), verificou-se a existência de ressalvas à responsabilidade pelos riscos relacionados com o conserto de defeitos construtivos, com os passivos ambientais causados pela Valec e com as invasões de faixa de domínio ocorridas anteriormente à data de assunção do contrato de subconcessão pela subconcessionária. Para esses casos, a ANTT incluiu ressalvas que também foram objeto de tratamento por meio dos subitens itens 3.1 (iii), 4.4 e 5.1.

281. Especificamente quanto à questão ambiental e à invasão de faixa de domínio, percebe-se que a Agência indicou nos subitens 5.1.v e 5.2.iii da minuta contratual que as áreas e imóveis localizados

na faixa de domínio, cuja situação fundiária esteja irregular na data de assunção e/ou sejam objeto de processos judiciais de desapropriação em andamento, bem como as ocupações na faixa de domínio anteriores à data de assunção, são de responsabilidade da Interveniante subconcedente (Valec).

282. Nesse mesmo sentido, o item 12.2.h prevê como encargo da Interveniante subconcedente a responsabilização pelos passivos ambientais e ocupações da faixa de domínio cujo fato gerador seja anterior à data de assunção. Complementa-se que o item 12.3.ee, impõe como responsabilidade da Interveniante subconcedente a regularização, assim como o ônus e as despesas relacionadas, dos passivos ambientais preexistentes à transferência da subconcessão.

283. Ocorre que o item 3.1.ix da minuta do contrato dispõe que tanto os passivos ambientais quanto as invasões da faixa de domínio serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro:

‘3 Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(...)

(ix) Os passivos ambientais e invasões na faixa de domínio anteriores à Data de Assunção e assim identificados serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato’

284. Dessa forma, a leitura fria do item 3.1.ix contraria os demais dispositivos contratuais mencionados, ao prever o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões na faixa de domínio, inclusive aqueles anteriores à data de assunção, enquanto outros itens da minuta impõem à Interveniante subconcedente a responsabilidade pela correção.

285. Caso o texto da minuta de contrato permaneça como está e seja identificado algum passivo ambiental ou invasão da faixa de domínio anterior à data de assunção da subconcessionária, poderá haver a obrigação da Interveniante subconcedente regularizar a situação, arcando com todas as despesas, ao mesmo tempo em que a subconcessionária fará jus a um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

286. Ante o exposto, propõe-se recomendar à ANTT que adeque o item 3.1 (ix) da minuta de contrato com os itens 5.1 (v), 5.2 (iii), 12.2 (h), 12.3 (ee), de forma a deixar clara a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio, anteriores à data de assunção da subconcessionária, caso a Interveniante subconcedente não cumpra com as suas obrigações contratuais.

287. No que tange a eventuais defeitos apresentados por obras realizadas pelo Poder Público na ferrovia, a minuta do contrato, item 3.1.iii.d, dispõe que a subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com relação às inconformidades técnicas e aos vícios ocultos reclamados fora do prazo de recebimento provisório de 365 dias:

‘3 Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(iii) A Subconcessionária, na data de assinatura do Contrato, assinará também o Termo de Recebimento Provisório.

(a) com a Data de Assunção, será iniciada a contagem do prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para que a Subconcessionária reclame formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios ocultos que acometam os bens da Ferrovia cuja posse foi a ela transferida pela Interveniante Subconcedente, nos termos do Anexo 5.

(b) ouvidas as Partes, a ANTT proferirá decisão acerca da reclamação, no prazo estabelecido no Anexo 5, garantido o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

(c) o prazo estabelecido na subcláusula 3.1 (iii) (a) é improrrogável, devendo a ANTT indeferir qualquer reclamação intempestiva.

(d) a Subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato com relação às inconformidades técnicas e aos vícios ocultos reclamados fora do prazo estipulado na subcláusula 3.1 (iii) (a).’

288. O item 27.1.c dispõe sobre a alocação de riscos e elenca como risco da subconcessionária eventuais vícios transferidos a ela e que não foram objetos de reclamação. Entretanto, o item 27.2.h, elenca como risco do Poder Concedente eventuais defeitos em obras realizadas pelo Poder Público:

‘27 Alocação de Riscos

27.1 Com exceção dos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente na subcláusula 27.2, a Subconcessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Subconcessão, inclusive, mas não se limitando, aos seguintes:

‘(c) os vícios em bens a ela transferidos em razão da Subconcessão e que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente, nos termos da subcláusula 3.1(iii).

(...)

27.2 A Subconcessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Subconcessionária, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(h) defeitos em quaisquer obras realizadas pelo Poder Público na Ferrovia ou em qualquer ligação a ele;’

289. Portanto, considerando que a ferrovia a ser transferida à subconcessionária é uma obra realizada pelo Poder Público, e com o intuito de dar maior clareza em relação à alocação de risco de eventuais vícios encontrados na ferrovia, **propõe-se recomendar à ANTT que adeque a redação do item 27.2 (h) da minuta de contrato da subconcessão da FNS, de forma a deixar claro que o disposto nesse item deve observar o previsto no item 27.1 (c) do referido documento, no sentido de que os riscos para os vícios em bens transferidos à subconcessionária e que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente sejam devidamente alocados à subconcessionária.**

V.6. Limite de Dispersão Tarifária

290. O Limite de Dispersão Tarifária foi definido na minuta de contrato (peça 65, p. 7) como sendo os valores máximos e mínimos da tarifa de transporte que poderão ser cobrados dos usuários pela subconcessionária, sem prejuízo de se respeitar o valor da tarifa-teto do contrato.

291. Conforme o item 20.4 (iv) da mesma minuta (peça 65, p. 30), a subconcessionária poderá praticar tarifas de transportes distintas para os diversos usuários do serviço, desde que observado o teto definido na tabela tarifária de referência do Anexo 7 (peça 65, p. 92) da minuta de contrato e o Limite de Dispersão Tarifária, conforme metodologia descrita no Anexo 4 (peça 65, p. 87) da minuta de contrato. A proposta comercial da subconcessionária deverá respeitar critérios objetivos e isonômicos de contratação como: prazo, volume, sazonalidade e condição de pagamento.

292. A metodologia definida no Anexo 4 (peça 65, p. 87) para cálculo do Limite de Dispersão Tarifária prevê que o cálculo será realizado pela ANTT anualmente após o encerramento de cada exercício social, para cada faixa quilométrica constante da tabela tarifária, e a partir dos dados do SAFF.

293. Conforme fórmula apresentada no documento, o limite da dispersão será calculado a partir da média aritmética simples das tarifas de cada mercadoria, medidas em R\$/1.000 tku, e aplicando um desvio-padrão populacional para cima e um desvio para baixo. Essa banda tarifária representará a faixa tarifária que a subconcessionária poderá cobrar dos usuários.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

294. A inclusão do conceito de limite de dispersão tarifária na minuta de contrato da subconcessão é uma inovação desse contrato em relação aos demais contratos de concessão de ferrovias, **que busca evitar que certos usuários sejam discriminados na contratação do transporte ferroviário em relação aos demais.**

295. Por outro lado, a fórmula de cálculo adotada para definir os limites de dispersão das tarifas indica que, no longo prazo, a tarifa de transporte praticada pela subconcessionária convergirá para um único valor, engessando a tabela de tarifa de transporte que poderá ser praticada pela vencedora do leilão. Esse resultado prático pode apresentar efeito reverso ao previsto pela ANTT e seria indesejado para o setor ferroviário.

296. Percebe-se que a ANTT adotou tal estratégia diante da ausência de previsão na minuta de contrato de outros meios de regulação econômica que visam induzir, no setor, a eficiência, já que a exploração da infraestrutura ferroviária se dá pelo regime monopolístico. Necessário prever instrumentos que permitam transmitir os ganhos de eficiência aos usuários do sistema.

297. Diante disso, julga-se oportuno **propor determinação para que a ANTT se abstenha de publicar o edital da FNS sem efetuar a devida análise e definir a(s) forma(s) mais adequada(s) de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.**

VI. Viabilidade socioambiental

298. O Caderno de Meio Ambiente do Plano de Outorga apresentado pela ANTT define as responsabilidades para os aspectos ambientais da FNS que continuarão a cargo da Valec e as que ficarão a cargo da futura subconcessionária.

VI.1. Licenciamento ambiental

299. Atualmente, no que tange às licenças ambientais, a Valec já possui Licença de Instalação para o trecho Ouro Verde de Goiás/GO - Estrela D'Oeste/SP (Extensão Sul) e Licença de Operação para o trecho Porto Nacional/TO e Anápolis/GO.

300. As licenças ambientais já emitidas serão transferidas à futura subconcessionária, assim como a responsabilidade pela aquisição das futuras licenças, pelo atendimento das condicionantes e pelo desenvolvimento dos programas ambientais, com exceção da execução do plantio compensatório e do pagamento da compensação ambiental. Dessa forma, todas as demais exigências constantes da legislação ambiental vigente também ficam transferidas à subconcessionária, incluindo, porém não se limitando a, pareceres, notas técnicas e resoluções ambientais.

301. A ANTT prevê para a manutenção da Licença de Instalação da Extensão Sul, o custo de R\$ 1,8 milhão por lote, até que seja emitida a Licença de Operação do trecho. Para a manutenção da atual Licença de Operação do trecho Porto Nacional - Anápolis e a manutenção da futura Licença de Operação da Extensão Sul, previu um valor anual de R\$ 24,5 milhões, que irá perdurar até o final da concessão. Os valores mencionados a título de custos ambientais foram estabelecidos pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), por meio de Nota Informativa Conjunta 17/2017/DP-GPI/SFP-MTPA (peça 81).

302. Em relação à compensação ambiental, a ANTT relatou que já foram acordados entre Valec e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (Ibama) os valores referentes a essa condicionante e que alguns desses valores já foram previstos para serem destinados a Unidades de Conservação pela Câmara de Compensação Ambiental. Entretanto, esta condicionante não se encontra integralmente atendida, restando valores de aproximadamente R\$ 24 milhões a serem pagos pela Valec (peça 73, p. 16).

303. Quanto ao plantio compensatório, a Agência informou que a Valec está providenciando a contratação de uma empresa para execução dessa condicionante, que deverá executar os serviços por um período de cinco anos (peça 73, p.17).

Análise da SeinfraPortoFerrovia

304. Conforme relatado, a Valec ficou responsável pela execução das ações referentes às compensações ambientais e ao plantio compensatório, sem ônus para a futura subconcessionária. Com relação a outras pendências ambientais, a Valec se responsabilizará pelos problemas a que deu causa até a assunção do contrato de subconcessão pela futura subconcessionária. Por sua vez, a subconcessionária será responsável por todos os problemas ambientais surgidos após a assunção daquele contrato.

305. No que tange às outras pendências ambientais sob responsabilidade da Valec, a estatal encaminhou lista de ocorrências ambientais causadas até março de 2017. A estimativa de valores apurada pela Valec para a correção desses passivos é de aproximadamente R\$ 200 milhões

(peça 73, p. 17).

306. Segundo análise da área técnica da ANTT, todas essas ocorrências mencionadas são referentes à manutenção ou conclusão de obras e, de acordo com os contratos de construção da Valec, a responsabilidade pela correção de defeitos de construção, bem como a conservação das obras, é de responsabilidade da contratada, até que seja emitido o ‘Termo de Recebimento Definitivo dos Serviços’.

307. Importante ressaltar que, por se tratar de passivos relacionados com os contratos de construção da Valec, a conclusão das obras da estatal, acompanhada dos respectivos Termos de Recebimento Definitivo, pressupõe que os referidos passivos ambientais estejam solucionados, conforme proposta do III.2.2. da presente instrução, motivo pelo qual deixa-se de realizar nova proposta de encaminhamento.

308. Quanto aos valores estimados para os custos ambientais, importante registrar que o Caderno de Meio Ambiente disponibilizado na Audiência Pública (peça 74, p. 17) estimava como custo de manutenção da Licença de Operação o valor anual de R\$ 17,2 milhões para os trechos a serem subconcedidos, com base em contratos anteriores similares da Valec, conforme transcrito abaixo:

‘Por meio do Ofício nº 1839/2017-PRESI a VALEC apresentou a Planilha de custos das obras complementares. Dentre os itens do CAPEX foram apresentados os custos ambientais assumidos pela VALEC junto ao IBAMA, baseado em contrato da própria VALEC data base outubro/10 reajustado para março/17. Esses custos eram destinados às atividades de manutenção da LI nº 1152/2017 e manutenção da LO nº 1240/2014. Adotou-se como premissa que, para manutenção de Licença de Operação nos dois trechos, as atividades seriam similares e consequentemente teriam custos semelhantes.

(...)

Assim, o valor inicial base outubro/10 era de R\$ 12.025.787,16 anuais e passou para R\$ 17.213.727,11 anuais, data base março/17’

309. Entretanto, após a Audiência Pública, o valor previsto no Caderno de Meio Ambiente para a manutenção da Licença de Operação nos trechos a serem subconcedidos passou para R\$ 24,5 milhões (peça 73, p.21).

310. Questionada sobre esse aumento referente aos custos ambientais (peça 64), a ANTT informou (peça 60) que tais valores foram estabelecidos pelo MTPA por meio de uma nota técnica, que não apresenta justificativas para esse acréscimo.

311. Portanto, verificou-se que ocorreu um aumento sem justificativas no custo estimativo para manutenção da Licença de Operação nos trechos a serem subconcedidos, ocasionando impactos no fluxo de caixa projetado, pois, considerando o valor de R\$ 17,2 milhões em vez de R\$ 24 milhões por ano na modelagem econômico-financeira da subconcessão, resultará no aumento do valor de outorga, a valor presente, de aproximadamente R\$ 45 milhões, podendo incluí-lo como benefício potencial da atuação do TCU nesse processo.

312. Dessa forma, tendo em vista que não há justificativa para o aumento do valor relativo à manutenção da Licença de Operação do trecho ferroviário em análise, propõe-se de determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da FNS sem alterar o custo de manutenção da Licença de Operação na modelagem econômico-financeira para o valor indicado no Caderno de Meio Ambiente prévio à audiência pública.

VI.2. Desapropriações

313. A minuta de contrato da subconcessão da FNS (peça 65) prevê como obrigação da Valec (Interveniente subconcedente) manter desocupada a faixa de domínio da ferrovia até a data de assunção pela subconcessionária.

314. Adicionalmente, a Agência indicou nos subitens 5.1.v e 5.2.iii da minuta contratual que as áreas e imóveis localizados na faixa de domínio, cuja situação fundiária esteja irregular na data de assunção e/ou sejam objeto de processos judiciais de desapropriação em andamento, bem como as ocupações na faixa de domínio anteriores à data de assunção, são de responsabilidade da Interveniente subconcedente (Valec).

315. Nesse mesmo sentido, o item 12.2.h também prevê como encargo da Interviente subconcedente a responsabilização pelas ocupações da faixa de domínio cujo fato gerador seja anterior à data de assunção.

316. De posse dessas informações, foi questionado à Valec, por meio do Ofício 159/2018-TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 32), se existe, atualmente, alguma ocorrência/invasão identificada, relacionada à desapropriação, que possa comprometer o início da operação na FNS.

317. Em resposta, a Superintendência de Desapropriação e Arqueologia da estatal (peça 36, p.3) encaminhou os relatórios de invasões e ocorrências e informou que a FNS possui 961 invasões cadastradas, sendo 531 ativas e 430 debedadas, e 1.611 ocorrências cadastradas, sendo 1.425 ativas e 186 debedadas.

318. Em que pese a existência de invasões e ocorrências cadastradas, segundo a Nota Informativa Conjunta 17/2017/DP - GPI/SFP-MTPA (peça 81), a Valec informou que não existem pendências relacionadas à desapropriação dos trechos ferroviários a serem subconcedidos capazes de comprometer o andamento do processo de subconcessão.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

319. A resposta da Valec (peça 36, p.3) evidencia que a estatal está monitorando as ocorrências e invasões do trecho a ser subconcedido. Complementarmente, com base nesse monitoramento a estatal afirmou (peça 81, p.4) que não existem pendências relacionadas à desapropriação no empreendimento.

320. Dessa forma, tendo em vista o monitoramento da questão pela Valec, a informação de que tais processos de desapropriação não são capazes de comprometer o andamento da subconcessão e que a futura subconcessionária terá prazo para exercer o recebimento definitivo dos trechos a serem subconcedidos, nos termos do item 3.1 da minuta de contrato, deixa-se de propor encaminhamentos sobre esse item.

VII. Viabilidade econômico-financeira

321. Após análise das premissas que compõem o conjunto de cadernos temáticos, passa-se à análise da planilha que contém a modelagem da viabilidade da ferrovia com os principais dados. A modelagem econômica adotada é a do Fluxo de Caixa Descontado (FCD), no qual as projeções futuras de receitas, despesas e investimentos são descontadas para o valor presente por meio de uma taxa. O resultado é o valor presente líquido (VPL) do fluxo, que representa o valor de outorga mínimo a ser licitado.

322. A taxa de desconto utilizada foi calculada com base na metodologia contida na Nota Técnica-ANTT 16/SUEXE/2015/ANTT, que adota como premissa o custo médio de capital próprio (WACC) para o setor de ferrovias de 11,04% durante o biênio de 2017/2018. Os principais grupos que compõem o fluxo de caixa elaborado são: receitas, investimentos (Capex), tributação e amortização, que serão analisados nos próximos itens.

VII.1. Estimativas de receita

323. As receitas do projeto da FNS são compostas pela demanda multiplicada pela tarifa pela prestação do serviço de transporte e pelos preços pagos referentes aos demais serviços. A demanda é o resultado obtido no estudo de demanda, cuja projeção de movimentação é projetada para os 30 anos da concessão. Após as devidas conversões de toneladas úteis para tonelada x quilômetro útil (tku), é possível multiplicar a demanda projetada pela tarifa-teto da concessão, que resultará na estimativa de receita.

324. Para o presente projeto, verificou-se que o contrato prevê à subconcessionária a possibilidade de auferir receita com o transporte ferroviário de carga de outras concessionárias na própria malha, por meio da permissão de passagem de terceiros e por meio da realização de operações acessórias e alternativas.

325. As receitas brutas da concessionária somam R\$ 11,387 bilhões a valor presente, sendo composta pelas receitas advindas do transporte de cargas, R\$ 8,088 bilhões, pela receita relativa ao

direito de passagem na própria malha, que é de R\$ 929 milhões, bem como a previsão de receitas acessórias no montante de R\$ 2,324 bilhões e de R\$ 47 milhões para as receitas alternativas.

VII.1.1. Tarifas-teto de transporte ferroviário

326. As tarifas-teto adotadas na modelagem econômico-financeira para o transporte de carga da subconcessionária foram extraídas banco de dados SAFF da Agência, na data base de dezembro de 2016, em seguida foram atualizadas para dezembro de 2017 pela variação de 2,94%, conforme IPCA. Os tributos decorrentes do PIS e COFINS, cuja alíquota total é de 9,25%, foram adicionados à tarifa, resultando nos valores da tabela 15.

Tabela 15: Tarifas-teto por grupo de mercadoria.

Grupo de Mercadoria	Tarifa adotada na modelagem (R\$/TU.km)
Carga geral	92,78
Granel Líquido	171,61
Granel sólido agrícola	107,94
Granel sólido não agrícola	66,59

Fonte: Caderno de modelagem econômico-financeira pós-AP (peça 71)

327. Ressalta-se que os valores de tarifa apresentados na Tabela 15 refletem as tarifas utilizadas na modelagem econômico-financeira. As tarifas-teto de transportes que efetivamente poderão ser cobradas dos clientes da FNS - Tramo Central estão listadas no anexo 7 da minuta de contrato (peça 65, p. 92), em que constam os variados tipos de cargas e os valores máximos permitidos relativos à parcela fixa e à parcela variável da tarifa.

328. As receitas acessórias, alternativas e as tarifas relativas ao direito de passagem já foram objetos de análise por essa instrução. Para esta última, os ajustes promovidos na metodologia de cálculo da tarifa de direito de passagem de cada concessionária adjacente à FNS deverão ser refletidos na planilha que contém a modelagem econômico-financeira indicativa do certame.

329. Apesar da simplificação das tarifas de transporte, não se verificou inconsistência na metodologia adotada e nos cálculos realizados na planilha eletrônica encaminhada, portanto deixa-se de propor encaminhamentos para o presente item.

VII.1.2. Tarifa do direito de passagem a ser praticado pela FNS - Tramo Central

330. A receita ora em análise decorre necessidade de se remunerar a futura subconcessionária pelo direito de passagem exercido pelas outras concessionárias na malha. A tarifa-teto de direito de passagem que limitará a receita da subconcessionária se encontra detalhada por tipo de mercadoria e distância no anexo 7 da minuta de contrato (peça 65, p. 92) e representam aproximadamente 48% da tarifa-teto de transporte apresentada no mesmo anexo.

331. Para a modelagem econômico-financeira, de forma simplificada, consoante metodologia exposta (peça 71, p. 9), o modelo de tarifação para o direito de passagem contemplou uma tarifa única a ser exigida de todas as concessionárias que visitam a subconcessionária. A metodologia empregada consistiu na razão entre as tarifas de direito de passagem que as concessionárias adjacentes exigirão da subconcessionária para que ela possa visitá-las e das tarifas máximas de transporte que essas concessionárias podem cobrar dos seus usuários ('tarifas cheias'), pela mesma extensão percorrida.

332. Com isso, a ANTT promoveu os cálculos e concluiu que, em média, as tarifas de direito de passagem representam 27,16% das tarifas máximas de transporte cobradas pelas concessionárias. Para concluir, calculou a tarifa máxima de transporte para a mercadoria demais produtos da tabela de referência das tarifas de transporte, do anexo 7 da minuta do contrato de subconcessão, considerada a extensão total da subconcessionária. Sobre o resultado da tarifa máxima, aplicou-se a média 27,16% para obter a tarifa de direito de passagem, em R\$ 33,10/TKU x 10³, utilizada na modelagem econômica.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

333. A tarifa de direito de passagem cobrada pela futura subconcessionária que foi incluída na modelagem econômico-financeira é uma simplificação das tarifas que poderão efetivamente ser cobradas das demais concessionárias. A primeira análise a ser realizada se refere à tarifa de direito de passagem adotada na modelagem econômica da subconcessão.

334. Constatou-se que a média das razões entre a tarifa de direito de passagem e a ‘tarifa cheia’ homologadas pela ANTT foi de 27,16%, utilizando, como referência, a tarifa de direito de passagem contida nas propostas comerciais (peça 71, p. 10) encaminhadas pelas demais concessionárias à Agência em 2017.

335. Contudo, após o envio das notas técnicas contendo a metodologia que balizou a definição pelo órgão regulador das condições de contorno - tarifa, quantidades e características operacionais - ao exercício do direito de passagem da subconcessionária, conforme analisado no item IV.1 da presente instrução, verificou-se que as tarifas-teto foram reduzidas em relação às propostas inicialmente encaminhadas. Como resultado, vê-se que o resultado dessa média setorial – a ser aplicada à tarifa-teto de direito de passagem que será adotada, de forma simplificada, no fluxo de caixa da modelagem econômica – será reduzido.

336. Associado à redução das tarifas de direito de passagem cobradas da FNS - Tramo Central pelas concessionárias em relação às inicialmente apresentadas, verifica-se a necessidade de que a Agência promova o ajuste nos custos incorridos pelo exercício do direito de passagem incluídos na modelagem com base nas tarifas efetivamente celebradas nos termos aditivos com as demais concessionárias.

337. Assim, oportuno determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da FNS sem promover os ajustes no cálculo da modelagem econômico-financeira relativos à alteração das tarifas de direito de passagem das concessionárias, tanto nos custos pelo exercício do direito de passagem quanto nas receitas auferidas pela subconcessionária, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.

VII.2. Estimativas de Capex

338. As estimativas de Capex, cujos itens mais relevantes já foram analisados, contemplam os investimentos previstos no Caderno e Engenharia (peça 72). Constatou-se que os investimentos foram incluídos no fluxo de caixa projetado ao longo de todo o período da subconcessão. Ressalva-se que os elementos mais relevantes, que somam R\$ 2,042 bilhões, estão projetados para acontecerem nos onze anos iniciais da subconcessão e foram previstos na planilha econômico-financeira conforme os demais estudos apresentados. Assim, as principais análises e propostas de encaminhamentos relativas aos investimentos foram realizadas no item 3.3.2 da presente instrução.

VII.3. Tributação e amortização

339. O fluxo de caixa do projeto elaborado apresenta os tributos incidentes sobre a Receita Operacional Bruta (ROB) e sobre o Lucro Operacional (LO). Os tributos que incidem sobre a Receita Bruta são PIS, COFINS e ISS com as respectivas alíquotas de 1,65%, 7,60% e 5%. O PIS e o COFINS incidem sobre todos os serviços e o ISS incide somente nas receitas alternativas.

340. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), conforme descrito no caderno da modelagem econômica (peça 71), não foi considerado por não haver uniformidade nas alíquotas praticadas pelos estados.

341. Sobre o Lucro Operacional, incidem o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e o Adicional de Imposto de Renda (AIR) total de 25%, além da alíquota de 9% correspondente à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

342. Também foram considerados os benefícios fiscais decorrentes dos regimes REIDI, REPORTE e Ex-Tarifário, como por exemplo a isenção de Imposto de Importação (II) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para os itens importados que não possuem produção nacional (e.g. trilhos) e a isenção de PIS/COFINS na aquisição dos itens de Capex.

343. Sobre a amortização, constatou-se que o projeto prevê a amortização societária, para a elaboração do Demonstrativo de Resultado do Exercício (DRE) e apuração do Lucro Líquido (LL), e a amortização de natureza fiscal que impacta na base tributária do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro líquido (CSLL).

344. A quota considerada na amortização societária dos investimentos foi calculada utilizando a vida útil dos ativos, seguindo a metodologia contida na Resolução-ANTT 4.540, de 19 de dezembro de 2014. Já a quota da amortização fiscal teve como base o Decreto 3.000, de 26 de março de 1999, da Presidência da República, que regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

345. Para o presente ponto de verificação, constatou-se que os tributos e suas alíquotas, bem como o cálculo da amortização dos investimentos e fiscal, utilizados no fluxo de caixa do projeto, estão condizentes com as regras vigentes, por isso deixa-se de propor encaminhamentos para o item.

VII.4. Valor de outorga

346. Uma vez que o fluxo de caixa do empreendimento foi montado na planilha eletrônica do programa Excel, o valor de outorga resultante pode ser obtido pelo modelo de otimização chamado *Solver*. O valor da saída do fluxo é o valor de outorga mínimo, atualmente calculado em R\$ 1.097,04 milhões a preços de dezembro de 2017. Conforme já descrito anteriormente, o valor será pago da seguinte forma:

- a) 5% (cinco por cento) em até 45 dias do Ato de Homologação do leilão, como condição para a celebração do Contrato de Subconcessão;
- b) 95% (noventa e cinco por cento) em parcelas trimestrais ao longo do prazo contratual, reajustadas anualmente pela variação do IPCA.

347. Tendo em vista os ajustes já promovidos pela ANTT durante o período de análise pela Unidade Técnica e as propostas de encaminhamentos efetuadas ao longo da presente instrução, que, se acatadas, refletirão na modelagem econômico-financeira, o valor mínimo da outorga da FNS a ser levado à leilão deverá ser calculado novamente, antes da publicação do edital de licitação.

348. Ressalta-se, ainda, a necessidade de a Agência promover o ajuste no edital e na minuta de contrato a fim de corrigir o erro formal contido na fórmula do item 20.1. Portanto, oportuno propor **de terminação para que a ANTT se abstenha de publicar o edital de licitação da subconcessão sem promover os ajustes nas premissas do projeto e nas minutas de contrato e de edital indicados nessa instrução e recalculer o valor da outorga mínima, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.**

CONCLUSÃO

349. A presente instrução tratou da análise do primeiro estágio do acompanhamento da outorga referente à concessão de serviço público de exploração da infraestrutura da Estrada de Ferro (EF-151), compreendido entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP. O processo está sendo conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) sob a forma de concessão comum, regida pelas Leis 13.334, de 13 de setembro de 2016; 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; 9.074, de 7 de julho de 1995; 10.233, de 5 de junho de 2001; 9.491, de 9 de setembro de 1997 e, subsidiariamente, pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais normas vigentes sobre a matéria.

350. Nesse contexto, a ANTT elaborou as minutas de edital e de contrato, bem como os estudos técnicos a serem submetidos ao controle social, que foi realizado por meio da Audiência Pública-ANTT 7/2017. Após a aprovação do Relatório Final da Audiência Pública pela ANTT e a aprovação do modelo operacional e das condições gerais de outorga pelo Ministro-Substituto dos Transportes, Portos e Aviação Civil, os documentos relativos ao processo de concessão foram protocolados no TCU pela ANTT no dia 16/3/2018 (peça 28).

351. Dessa forma, nos termos do art. 7º, inciso I, da Instrução Normativa-TCU 27/1998 (IN-TCU 27/1998), com o objetivo de avaliar os atos e procedimentos preparatórios para a licitação da FNS Tramo Central, a equipe realizou reuniões com os técnicos da ANTT, da Secretaria Especial do PPI e da Valec visando discutir aspectos dos documentos relativos ao processo de concessão. Além das reuniões, a equipe elaborou questionamentos via e-mail e ofícios de diligência com vistas a subsidiar a análise. Ressalta-se que os técnicos da Agência se empenharam em esclarecer todas as dúvidas e questionamentos levantados pela Unidade Técnica ao longo dos trabalhos de fiscalização.

352. No decorrer da análise, verificou-se a necessidade de encaminhamento, pela ANTT, de informações adicionais aos documentos supracitados, em especial no que tange ao exercício do Direito de Passagem. A resposta final deu-se por meio do encaminhamento do Ofício 095/2018-Sufer/ANTT (peça 56), de 4/6/2018, e do Ofício 105/2018-Sufer/ANTT (peça 59), de 8/6/2018, data em que se considerou que os estudos foram encaminhados de forma completa e definitiva, para efeito da contagem do prazo de que trata o art. 7º, inciso I, da IN-TCU 27/1998.

353. Inicialmente, no que tange aos Estudos de Demanda apresentados, verificou-se que a ANTT não considerou as restrições de capacidade das ferrovias que se ligam à FNS, conforme determinação contida no Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário, do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues. Sabe-se que um dos objetivos primordiais da FNS é facilitar a exportação de produtos minerais e agropecuários, e para cumprir esse objetivo deve-se garantir capacidade para que a carga possa percorrer as ferrovias que dão acesso aos principais portos de exportação.

354. Diante da possibilidade do advento de restrições operacionais nas malhas adjacentes à FNS, mostrou-se pertinente **determinar à ANTT que se abstenha de publicar o edital sem esclarecer como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995.**

355. Sobre a matriz origem-destino utilizada no estudo de demanda, constatou-se que a Agência desconsiderou parte da matriz do PNL, haja vista que, no Caderno de Demanda (peça 70), a demanda de comércio exterior foi extraída da base de dados do AliceWeb do MDIC e não das matrizes origem-destino do PNL. A escolha de diferentes origens de dados para a demanda doméstica e de comércio exterior para a projeção pode enfraquecer os resultados obtidos pelo modelo. Nesse sentido, propôs-se **recomendar à ANTT que, para futuras concessões ferroviárias, avalie, juntamente com 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.**

356. Também se verificou a ausência de tratamento da demanda induzida da ferrovia em vista do início de sua operação. Ressalta-se que o tratamento da demanda induzida em modelos de projeção de demanda para projetos ferroviários analisados pelo Tribunal já foi contestado anteriormente, a exemplo do acompanhamento dos estudos para a concessão da ferrovia Açailândia/MA - Barcarena/PA, trecho da EF-151, em que o estudo de demanda considerou, na demanda total, parte da demanda que seria induzida pelo início da operação da ferrovia.

357. Dessa forma, pela necessidade de se padronizar os procedimentos de projeção da demanda nos estudos da ANTT, por meio da uniformização de metodologia de cômputo da demanda induzida nos próximos estudos, de forma a dar mais consistência às previsões de demanda dos empreendimentos ferroviários a serem concedidos, propôs-se **recomendar à ANTT que, 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.**

358. Em seguida, verificou-se a consistência dos principais itens de investimentos em bens de capital. Com relação às obras remanescentes sob responsabilidade da Valec observou-se a que a Agência definiu na minuta de contrato uma data de entrega das obras incompatível com a capacidade de trabalho da estatal, pois desconsiderou etapas necessárias para a efetiva conclusão das obras a fim de que a subconcessionária possa realizar os procedimentos preparatórios e iniciar a

operação dos trechos licitados. Essa situação pode ensejar uma postergação das receitas previstas com a operação do trecho da Extensão Sul da FNS e, conseqüentemente, acarretar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de subconcessão.

359. Portanto, propôs-se **determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS sem adotar uma data limite para a conclusão das obras pela Valec, uma vez que eventual atraso na finalização das obras impacta o início das operações ferroviárias pela subconcessionária, de forma a considerar as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária providenciar as devidas medidas preparatórias para o início da operação, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995.**

360. Outro ponto relevante da análise das obras remanescentes refere-se ao custo necessário para concluir as obras dos lotes 4S e 5S, que foi previsto e incluído na modelagem econômica, com base nas informações repassadas pelo MTPA à ANTT. Verificou-se que os valores incluídos no Capex da modelagem econômico-financeira relativos às obras remanescentes desses dois lotes são inconsistentes com os valores realmente necessários para a sua conclusão.

361. Por isso, pertinente propor **determinação à ANTT para que se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS Tramo Central sem promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a 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 X, da Lei 8.987/1995.**

362. Complementarmente, propôs-se **determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS Tramo Central sem tornar público aos potenciais licitantes os problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, informando-os sobre os casos de reequilíbrio do contrato e sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex) ou, de forma alternativa, promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a conclusão desses lotes, na modelagem econômico-financeira e demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados na brita para lastro fora das especificações utilizada pela Valec nos referidos lotes, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995.**

363. Quanto ao direito de passagem, apesar de não compor inicialmente os estudos de viabilidade apresentados da FNS em análise, constatou-se que o estabelecimento e a publicidade das regras que irão reger esse direito nas ferrovias adjacentes, para acesso aos portos de Itaqui/MA e de Santos/SP, antes mesmo da publicação do edital da licitação, mostrou-se ponto fulcral para a atratividade do certame licitatório.

364. Dessa forma, questionou-se a ANTT sobre como procederia a regulação desse direito. Em resposta, informou que optou pela celebração de termos aditivos aos contratos de concessão vigentes com as cinco concessionárias adjacentes ao trecho a ser subconcedido, fazendo constar nesse instrumento jurídico as diretrizes operacionais e parâmetros de desempenho a serem cumpridos pela concessionária, bem como o valor máximo de referência para a tarifa de direito de passagem para cada malha. Nos casos em que não houver acordo com a concessionária, a Agência informou que irá celebrá-los de forma unilateral, com base no interesse público e nas suas competências legais.

365. No que tange à decisão regulatória, em que pese os termos aditivos ainda não terem sido celebrados, entendeu-se como adequada para garantir a instituição de tarifa-teto e reserva de capacidade, bem como para conceder segurança jurídica e reduzir assimetrias na licitação.

366. Diante da importância de dar publicidade das condições para o exercício do direito de passagem pela subconcessionária, verificou-se pertinente propor **que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS sem incluir os Termos Aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem, no conjunto de documentos que comporão o edital, em atenção ao**

art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.

367. A FNS - Tramo Central terá papel integrador do sistema ferroviário, por isso, verificou-se, no presente momento, a importância de se promover as discussões para estabelecer as condições em que se dará o compartilhamento das ferrovias entre as concessionárias e os operadores ferroviários independentes. Sabe-se que a Agência incluiu em sua Agenda Regulatória do biênio 2017/2018 a necessidade de disciplinar a outorga de autorização de transporte ferroviário não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por Operador Ferroviário Independente (OFI), para que estes possam prover maior competitividade setorial.

368. Complementarmente, a exemplo do processo de revisão tarifária empreendida a cada quinquênio, e considerando o modelo de exploração vertical das malhas, entende-se pertinente que a Agência avalie o estabelecimento de periodicidade também para a revisão das tarifas-teto e das outras condições regulatórias estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem. Cabe ainda destacar que os requisitos e condições operacionais e financeiras tendem a se alterar constantemente, com a evolução tecnológica e os ganhos de eficiência alcançados.

369. Desta feita, propôs-se **recomendar à ANTT que 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 a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem.**

370. Quanto aos fluxos de carga não dirigidos ao comércio exterior, observou-se que a decisão da ANTT em regular tarifa-teto de direito de passagem das concessionárias adjacentes previu apenas a possibilidade de garantir o acesso das cargas captadas pela futura subconcessionária com destino aos portos de Itaqui/MA e Santos/SP, contudo não incluiu nas minutas dos termos aditivos as condições para as cargas que possuem origem ou destino ao longo das ferrovias adjacentes. Para essa situação, a ANTT previu a possibilidade de que as partes promovam a livre negociação para a celebração de COE entre os agentes e o arbitramento pela Agência em caso de divergências.

371. Portanto, propôs-se **recomendar à ANTT que avalie, previamente à publicação do edital da Ferrovia Norte Sul - Tramo Central, o impacto às condições isonômicas de precificação e de lance entre os potenciais licitantes, com relação à existência de parcela de fluxos de carga doméstica a serem transportadas em regime de direito de passagem que não foram consideradas nas minutas de termos aditivos aos contratos das ferrovias adjacentes e, cas o verifique prejuízo à competitividade do certame, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias.**

372. A análise dos instrumentos jurídicos da subconcessão perpassou as regras de compartilhamento da infraestrutura e dos recursos operacionais com os concessionários de outras malhas, previstas na minuta de contrato de subconcessão encaminhada após a audiência pública. Além da compatibilização dos equipamentos e dos sistemas de sinalização, o regulador se preocupou com a possibilidade de que a subconcessionária priorize o movimento de suas composições em detrimento dos demais interessados, motivo pelo qual incluiu o item 9.6 na minuta de contrato, que dispõe que a ordem de despacho dos trens deverá obedecer à ordem de chegada, de modo que o primeiro a chegar também seja o primeiro a sair.

373. Para que isso tenha efeito, importante que a ANTT esteja estruturada para realizar esse acompanhamento e definir quais informações serão necessárias para que o órgão regulador promova a fiscalização dessa cláusula contratual. Dessa forma, propõe-se **recomendar à ANTT que realize análise de impacto organizacional no sentido de verificar, em especial na 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.**

374. Sobre as Operações Acessórias e Atividades Alternativas, entende-se que a regulação dos preços praticados pelas concessionárias se justifica pela necessidade de reversão das receitas

alternativas e acessórias para a modicidade tarifária, conforme prescrito no art. 11 da Lei 8.987/1995, e com a possibilidade de uma concessionária, agindo de forma monopolística, exercer poder econômico capaz de excluir outros competidores do mercado, pelo aumento abusivo de preços de acesso ao transporte ferroviário. Essa questão também foi incluída pela ANTT na sua Agenda Regulatória, por isso diante da materialidade e relevância desse tema verificou-se pertinente **recomendar que a ANTT promova a discussão dos temas Operações Acessórias e Atividades Alternativas com os interessados e avalie as possíveis alternativas da regulação setorial da prestação desses serviços.**

375. Quanto à alocação de riscos, o item 27 da Minuta de Contrato (peça 65) contém a Matriz de Alocação de Riscos elaborada pela ANTT para a subconcessão da FNS. Diante do fato que diversas situações futuras, não previstas no contrato, possam impactar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, verifica-se a importância de se elaborar uma matriz contendo a alocação de riscos entre o privado e o poder público. Da análise empreendida, constatou-se a existência de ressalvas à responsabilidade pelos riscos relacionados com o conserto de defeitos construtivos, com os passivos ambientais causados pela Valec e com as invasões de faixa de domínio ocorridas anteriormente à data de assunção pela subconcessionária.

376. Dessa forma, entendeu-se pertinente **recomendar à ANTT que adeque o item 3.1 (ix) da minuta de contrato com os itens 5.1 (v), 5.2 (iii), 12.2 (h), 12.3 (ee), de forma a deixar claro a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária, caso a Interviente subconcedente não cumpra com as suas obrigações contratuais.**

377. Complementarmente, propôs-se **recomendar à ANTT que adeque a redação do item 27.2 (h) da minuta de contrato da subconcessão da FNS de forma a deixar claro que o disposto nesse item deve observar o previsto no item 27.1 (c) do referido documento, no sentido de que os riscos para os vícios em bens transferidos à subconcessionária e que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente, sejam devidamente alocados à subconcessionária.**

378. No que se refere ao Limite de Dispersão Tarifária, previsto na Minuta do Contrato (peça 65, p. 7), foi possível observar que a ANTT adotou tal mecanismo diante da ausência de previsão na minuta de contrato de outros meios de regulação econômica que visam induzir eficiência no setor, já que a exploração da infraestrutura ferroviária se dá pelo regime monopolístico. Contudo, a fórmula adotada para a aplicação do conceito pode engessar a cobrança de tarifa pelo subconcessionário. Diante disso, é pertinente propor **determinação para que a ANTT se abstenha de publicar o edital da FNS sem efetuar a devida análise e definir a(s) forma(s) mais adequada(s) de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.**

379. No que tange ao licenciamento ambiental, nos valores calculados para os custos ambientais, verificou-se que a ANTT estimou como custo de manutenção da Licença de Operação o valor anual de R\$ 17,2 milhões para os trechos a serem subconcedidos, com base em contratos anteriores similares da Valec. Entretanto, após a audiência pública, o valor previsto no Caderno de Meio Ambiente para a manutenção da Licença de Operação nos trechos a serem subconcedidos passou, sem justificativa, para R\$ 24,5 milhões, para o qual a Agência não apresentou justificativas técnicas. Portanto, propõe-se **determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da FNS sem alterar o custo de manutenção da Licença de Operação na modelagem econômico-financeira para o valor indicado no Caderno de Meio Ambiente prévio à audiência pública, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.**

380. Quanto à tarifa de direito de passagem a ser praticada pela futura subconcessionária, verificou-se inconsistências na modelagem econômico-financeira. Constatou-se que a média das razões entre a tarifa de direito de passagem e a 'tarifa cheia' homologadas pela ANTT foi de 27,16%, entretanto as previsões de tarifas-teto foram reduzidas posteriormente.

381. Portanto, verificou-se oportuno **determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital**

da FNS sem promover os ajustes no cálculo da modelagem econômico-financeira relativos à alteração das tarifas de direito de passagem das concessionárias tanto nos custos pelo exercício do direito de passagem quanto nas receitas auferidas pela subconcessionária, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.

382. Em vista das inconsistências detectadas, verificou-se a necessidade de a Agência promover o ajuste no edital e na minuta de contrato a fim de corrigir o erro formal na fórmula do cálculo do valor de outorga. Portanto, propôs-se **determinação para que a ANTT se abstenha de publicar o edital de licitação da subconcessão sem promover os ajustes nas premissas do projeto e nas minutas de contrato e de edital indicados nessa instrução e recalculer o valor da outorga mínima, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.**

383. Ademais, durante a análise da Unidade Técnica, verificou-se inconsistências relacionadas com os cálculos para a aquisição de frota operacional, os parâmetros técnicos para exploração da infraestrutura ferroviária e a fórmula do cálculo do valor da outorga. Tais inconsistências foram apresentadas à ANTT, que se comprometeu em realizar os devidos ajustes.

384. Os ajustes a serem efetuados nos cálculos para aquisição de frota reduziram a previsão de aquisição de 14 locomotivas e 416 vagões, equivalente a um total de R\$ 246.252.610,32 de redução no Capex, que resultará no aumento do valor mínimo de outorga a ser submetido ao leilão. Quanto aos parâmetros técnicos, houve uma alteração no parâmetro exigido para o ombro do lastro, que estava incompatível com os parâmetros de construção utilizados pela Valec. No que se refere à fórmula do cálculo do valor da outorga, verificou-se um erro material na fórmula prevista na minuta de contrato.

385. Por conta própria, a Agência declarou que irá substituir o índice de desempenho da Velocidade Média Comercial (VMC) pela Velocidade Média de Percurso (VMP), por considerar que é um indicador que reflete de melhor maneira a operação sob responsabilidade da subconcessionária.

386. Os ajustes reconhecidos pela ANTT, mas que não foram objetos de propostas de encaminhamento, serão analisados quando do monitoramento deste processo.

387. Tendo em vista os ajustes já promovidos pela Agência, durante o período de análise pela Unidade Técnica, e as propostas de encaminhamentos efetuadas ao longo da presente instrução, que, se acatadas, refletirão na modelagem econômico-financeira, o valor mínimo da outorga da FNS a ser levado ao leilão deverá ser calculado novamente, antes da publicação do edital de licitação.

388. Por fim, ante todo o exposto, conclui-se que apesar de existirem fragilidades e riscos que necessitam ser tratados antes da publicação do edital, não há maiores impedimentos para o prosseguimento do certame, dentro do escopo analisado, se observadas as propostas elencadas na presente instrução.

VOLUME DE RECURSOS FISCALIZADOS E BENEFÍCIOS DE CONTROLE

389. O Volume de Recursos Fiscalizados (VRF) nos processos de fiscalização do TCU tem seus critérios de registro disciplinados pela Portaria-TCU 222/2003. Estabelecendo a forma de cálculo do valor dos contratos de concessão para prestação de serviços públicos, a Decisão 587/2001-TCU-Plenário prevê que o VRF corresponde, em casos como o presente, à receita estimada pelo prazo de concessão. Conforme consignado na planilha representativa do fluxo de caixa do empreendimento, o somatório de todas as receitas durante os 30 anos de vigência do contrato totaliza o montante de R\$ 11.387 bilhões, em valores correntes (data-base dez 2017).

390. A sistemática de identificação, avaliação e registro dos benefícios das ações de controle externo foi instituída pela Portaria-TCU 82/2012 e regulamentada pela Portaria-Segecex 10/2012. Parte do benefício de controle decorrente da análise ora apresentada classifica-se como 'efetivo' (Portaria-Segecex 10/2012, art. 1º, inciso VIII), uma vez que 'antecipado no âmbito administrativo em razão de processo em andamento no TCU'. O principal benefício efetivo relaciona-se com a redução do Capex para aquisição de material rodante da ordem de R\$ 246,25 milhões. Os ajustes já

realizados no EVTEA e na minuta de contrato, em função da atuação do TCU, podem ser mencionados como benefícios efetivos qualitativos.

391. Outra parcela do benefício auferido é do tipo ‘proposta de benefício potencial’ (Portaria-Segecex 10/2012, art. 1º, inciso VI), pois ‘esperado em função de proposta formulada pela Unidade Técnica, mas ainda não apreciada pelo Tribunal’. O principal benefício potencial quantitativo refere-se à possibilidade de redução nos custos de manutenção das licenças ambientais, se aprovadas, irão aumentar o valor de outorga mínimo adotado na licitação. Ainda de acordo com o anexo da Portaria-Segecex 10/2012, os ajustes promovidos terão como resultado a ‘elevação de preço mínimo da outorga ou da empresa a ser privatizada’.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

392. Ante todo o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propugnando, com fulcro no art. 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU c/c art. 7º, inciso I, da IN-TCU 27/1998, a remessa do presente processo ao Sr. Ministro-Relator Bruno Dantas com a seguinte proposta de encaminhamento:

392.1 cientificar a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que, dentro do escopo delimitado para a análise, 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 devem ser ajustadas antes da publicação do referido edital;

392.2 determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, 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 concessão da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central:

I) sem esclarecer como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995 (§ 93);

II) sem adotar uma data limite para a conclusão das obras pela Valec, uma vez que eventual atraso na finalização das obras impacta o início das operações ferroviárias pela subconcessionária, de forma a considerar as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária providenciar as devidas medidas preparatórias para o início da operação, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995 (§ 153);

III) sem promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a 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 X, da Lei 8.987/1995 (§ 160);

IV) sem tornar público aos potenciais licitantes os problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, informando-os sobre os casos de reequilíbrio do contrato e sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex), ou, de forma alternativa, promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a conclusão desses lotes na modelagem econômico-financeira e demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados na brita para lastro fora das especificações utilizada pela Valec nos referidos lotes, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995 (§ 161);

V) sem incluir os Termos Aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem, no conjunto de documentos que comporão o edital, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 206);

VI) sem efetuar a devida análise e definir a(s) forma(s) mais adequada(s) de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 297);

VII) sem alterar o custo de manutenção da Licença de Operação na modelagem econômico-financeira para o valor indicado no Caderno de Meio Ambiente prévio à audiência pública, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 312);

VIII) sem promover os ajustes no cálculo da modelagem econômico-financeira relativos à alteração das tarifas de direito de passagem das concessionárias tanto nos custos pelo exercício do direito de passagem quanto nas receitas auferidas pela subconcessionária, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 337);

IX) sem promover os ajustes nas premissas do projeto e nas minutas de contrato e de edital indicados nos itens anteriores e recalcular o valor da outorga mínima, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§351);

392.3 recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:

I) para futuras concessões ferroviárias, avalie, juntamente com a EPL, a consistência, fidedignidade e 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 (§ 100);

II) 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 (§ 112);

III) 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 a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem (§ 243);

IV) previamente à publicação do edital da Ferrovia Norte Sul - Tramo Central, avalie o impacto às condições isonômicas de precificação e de lance entre os potenciais licitantes, com relação à existência de parcela de fluxos de carga doméstica a serem transportadas em regime de direito de passagem que não foram consideradas nas minutas de termos aditivos aos contratos das ferrovias adjacentes e, caso verifique prejuízo à competitividade do certame, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias (§ 249);

V) realize análise de impacto organizacional no sentido de verificar, em especial na 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 (§ 260);

VI) promova a discussão dos temas Operações Acessórias e Atividades Alternativas com os interessados e avalie as possíveis alternativas da regulação setorial da prestação desses serviços (§ 275);

VII) adeque o item 3.1 (ix) da minuta de contrato com os itens 5.1 (v), 5.2 (iii), 12.2 (h), 12.3 (ee), de forma a deixar claro a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio, anteriores à data de assunção da subconcessionária, caso a Interveniente subconcedente não cumpra com as suas obrigações contratuais (§ 286);

VIII) adeque a redação do item 27.2 (h) da minuta de contrato da subconcessão da FNS de forma a deixar claro que o disposto nesse item deve observar o previsto no item 27.1 (c) do referido documento, no sentido de que os riscos para os vícios em bens transferidos à subconcessionária e que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente, sejam devidamente alocados à subconcessionária (§ 289);

392.4 enviar cópia da decisão para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, Secretaria

Especial do Programa de Parcerias e Investimentos e Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.;

392.5 restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia que prossiga no acompanhamento do presente processo de concessão, nos termos do artigo 7º, incisos II a IV, da Instrução Normativa-TCU 27/1998.”

2. Pautado o processo para julgamento na sessão plenária de 8/8/2018, o Ministério Público junto ao TCU, por meio do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, requereu a oportunidade de oficiar nos autos a fim de contribuir para o exame da matéria (peça 90). Acolhi o pedido de imediato (peça 92) e, após a apreciação do *Parquet*, os autos retornaram ao meu Gabinete com o parecer de peça 95, o qual passo a transcrever em sua inteireza, mantidos os destaques do original:

"I. INTRODUÇÃO

A. Histórico da Ferrovia Norte-Sul

A Ferrovia Norte-Sul (FNS ou Estrada de Ferro 151) foi projetada para ampliar e integrar a malha ferroviária nacional. Seu traçado inicial possuía extensão de cerca de 1.550 km, de Açailândia/MA a Anápolis/GO. A ideia era que a ferrovia se conectasse ao norte com a Estrada de Ferro Carajás, e, ao sul, com a Ferrovia Centro Atlântica. Posteriormente, por força das Leis 11.297/2006 e 1.772/2008, o traçado foi ampliado, passando a ter 3.100 km de extensão, entre Belém/PA e Panorama/SP. Com essa nova configuração, o objetivo era acessar o Porto de Vila do Conde, no Pará, bem como integrar a ferrovia com a Rumo Malha Paulista, a fim de permitir o acesso ao Porto de Santos, em São Paulo. Atualmente, o objetivo anunciado é que a ferrovia chegue até o Porto de Rio Grande, no Rio Grande do Sul.

A concessão da Ferrovia Norte-Sul foi originalmente outorgada à Valec Engenharia e Construções Ltda. por meio dos Decretos 94.176/1987 e 94.813/1987. O contrato de concessão foi celebrado em 29/1/1988 e ratificado em novo contrato assinado em 8/6/2006. Seu prazo de vigência é de 50 anos, prorrogável por mais 50 anos.

As obras de construção da ferrovia foram iniciadas em 1987. Na atualidade, está pronto e operacional o trecho entre Açailândia/MA e Anápolis/GO, com cerca de 1.550 km. Estão em andamento e em fase final de conclusão as obras do trecho Ouro Verde/GO - Estrela D'Oeste/SP, que perfazem 684 km de extensão. Os demais trechos ainda não tiveram construção iniciada.

Mediante o convênio celebrado em 30/12/1993 (Convênio 1/1993 - peça 11, pp. 1/7, do TC 033.220/2012-3), a Valec concedeu permissão de uso do ramal ferroviário do trecho Açailândia/MA - Imperatriz/MA à Companhia Vale do Rio Doce (CVRD). Em termo aditivo firmado em 29/12/1998, a permissão foi estendida para o trecho Açailândia/MA - Estreito/MA (peça 11, pp. 10/3, do TC 033.220/2012-3). Na véspera do fim da vigência do Convênio 1/1993, foi celebrado, em 27/12/2005, o Contrato 26/2005, que autorizou a operação exclusiva da ferrovia pela CVRD no trecho Açailândia/MA - Aguiarnópolis/TO, pelo prazo de 12 meses (peça 11, pp. 18/27, do TC 033.220/2012-3).

B. Problemas relativos à primeira subconcessão verificados pelo TCU

Em 25/5/2006, a ANTT autorizou a Valec a efetuar a subconcessão de trechos da Ferrovia Norte-Sul, observado o disposto no art. 26 da Lei 8.987/1995.

Em 2007, ocorreu o leilão para a subconcessão do trecho da FNS compreendido entre Açailândia/MA e Palmas/TO, que perfaz 720 quilômetros. Esse trecho, denominado de 'Tramo Norte', foi arrematado pela então Companhia Vale do Rio Doce (atual Vale S.A.), pelo lance mínimo de R\$ 1,478 bilhão. Em decorrência da licitação, foi firmado, em 20/12/2007, o Contrato de Subconcessão com Arrendamento 33/2007 entre a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e a Ferrovia Norte Sul S.A. (sociedade de propósito específico criada pela CVRD), para a prestação do serviço de administração e exploração do referido trecho ferroviário pelo prazo de 30 anos, prorrogável na forma da lei. Atualmente, a controladora da Ferrovia Norte Sul S.A. é a VLI Multimodal S.A., subsidiária integral da VLI S.A., a qual possui como acionistas a Vale S.A., a

Mitsui, o FI-FGTS e a Brookfield.

O acompanhamento da outorga da subconcessão do Tramo Norte da FNS foi promovido pelo TCU no âmbito do TC 022.096/2005-9. Mediante o Acórdão 102/2007-Plenário (Ministro-Relator Augusto Nardes), foi autorizada a continuidade do processo de outorga da subconcessão, desde que atendidas as determinações efetuadas à ANTT e à Valec nos itens 9.1 e 9.2 dessa mesma deliberação. Por meio do Acórdão 2.629/2007-Plenário, o TCU aprovou, com ressalva, o 1º estágio do processo de outorga, e reviu, de ofício, a determinação proferida à Valec no item 9.2 do Acórdão 102/2007-Plenário. Por fim, mediante o Acórdão 400/2009-Plenário, foi aprovado, sem ressalva, o 2º estágio, ante o cumprimento de todas as determinações constantes do Acórdão 102/2007-Plenário, e foram aprovados, com ressalva, o 3º e o 4º estágios, ante o não cumprimento dos prazos estabelecidos no art. 8º, incisos III e IV, da Instrução Normativa TCU 27/1998.

No ano de 2012, o TCU empreendeu auditorias nas obras de construção de 11 trechos da FNS, sob a responsabilidade da Valec, incluídos 5 trechos já subconcedidos à Ferrovia Norte Sul S.A. Tais auditorias foram apreciadas mediante os Acórdãos 329/2013, 419/2013, 420/2013, 421/2013, 512/2013, 605/2013, 684/2013, 752/2013, 753/2013, 754/2013 e 755/2013, todos do Plenário. A consolidação das 11 auditorias foi feita no âmbito do TC 033.220/2012-3, apreciado pelo Acórdão 1.103/2013-Plenário (Ministro-Relator José Múcio), que conteve uma série de determinações à Valec.

No conjunto das 11 fiscalizações, foram identificados 4 achados principais: descumprimento de cláusulas contratuais, gestão temerária de empreendimento, execução de serviços com qualidade deficiente e perda potencial ou efetiva de serviços realizados. O monitoramento das citadas deliberações ocorreu por meio do processo TC 024.708/2014-3, apreciado pelo Acórdão 2.313/2015-Plenário, mediante o qual o TCU considerou algumas determinações não cumpridas, outras, não mais aplicáveis, e outras, em cumprimento, efetuando novas determinações. Além disso, o item 9.7.1 do Acórdão 2.313/2015-Plenário conteve recomendação à Valec para que avaliasse a conveniência em se dar continuidade à subconcessão da FNS, diante do novo cenário de concessões ferroviárias do País e dos impasses jurídicos e econômicos para a União presentes no Contrato 33/2007.

Mais recentemente, o Contrato de Subconcessão 33/2007 foi objeto de auditoria específica empreendida pelo TCU, no âmbito do TC 014.907/2015-1. No Relatório de Fiscalização elaborado por auditores da então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária, datado de 26/2/2016, foram apontados dois achados: multas irregulares cobradas da Valec pela Ferrovia Norte Sul S.A., e descumprimento de diversas obrigações contratuais por parte da subconcessionária. A última instrução da unidade técnica no aludido processo está datada de 14/5/2018 e contém proposta de encaminhamento uniforme no sentido de o Tribunal (peça 164 do TC 014.907/2015-1):

‘I - fixar prazo de até 15 dias, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999);

II - determinar à Valec, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU:

a) que se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos da Ferrovia Norte Sul até que a subconcessionária encaminhe memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os valores utilizados para a definição do valor devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória

de cálculo;

b) que encaminhe, em até 30 dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.;

c) que, em 30 dias, indique, motivadamente, quais as obras, equipamentos, serviços, etc. são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com o Contrato 33/07 e com as negociações com a ANTT;

d) que apresente plano de ação, no prazo de 60 dias, que contenha as providências necessárias para que, como gestora do contrato de subconcessão, se efetive a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A, das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07.

III - determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU que apresente plano de ação, no prazo de 30 dias, dotado das medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionada às metas de desempenho, bem como que encaminhe, oportunamente, a este Tribunal, a referida resolução, em sua versão final;

(...)

Referido processo de fiscalização ainda não foi objeto de deliberação do Tribunal e sua relatoria atual, após a declaração de impedimento do Ministro Augusto Nardes, é do Ministro Aroldo Cedraz.

Analisando-se conjuntamente os relatórios de fiscalização elaborados no TC 033.220/2012-3 e no TC 014.907/2015-1, verifica-se que problemas importantes foram identificados na primeira subconcessão da FNS, em especial os seguintes:

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. Especificamente em relação aos investimentos, estimou-se que a subconcessionária deixou de investir cerca de R\$ 470 milhões (data-base: julho/2007) nas áreas operacional e de infraestrutura da ferrovia.

É importante apontar esses problemas já identificados na primeira subconcessão para evitar que possam se repetir na subconcessão de que ora se cuida.

C. Atual trecho objeto de proposta de subconcessão

O objeto do futuro contrato é a subconcessão pela Interveniente Subconcedente (Valec) da prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura da malha ferroviária situada entre Porto Nacional/TO a Estrela d'Oeste/SP, nos trechos entre Porto Nacional/TO a Anápolis/GO e Ouro Verde de Goiás/GO a Estrela d'Oeste/SP, pelo prazo de 30 anos, contados a partir da data de assunção, sendo vedada a sua prorrogação.

D. Problemas do trecho objeto de proposta de subconcessão

O início das operações ferroviárias depende da resolução de diversas pendências relativas ao trecho a ser subconcedido, a saber: a entrega das obras pela Valec, após a conclusão dos contratos de

construção e a emissão dos respectivos termos de recebimento das obras; a emissão da licença de operação emitida pelo órgão ambiental; a emissão da autorização de tráfego pela ANTT; o recebimento das obras sob responsabilidade da Valec pela subconcessionária; e a conclusão das obras que ficarão a cargo da subconcessionária.

E. Exame realizado pela unidade técnica

Conforme descrito pela unidade instrutiva, o escopo do exame por ela feito abrangeu os seguintes aspectos:

- a) as premissas do estudo de demanda;
- b) os principais investimentos em Capex: conclusão dos lotes 4S, 5S e 5SA e aquisição de frota operacional;
- c) as obras remanescentes a cargo da Valec;
- d) o estudo operacional e o estudo de capacidade;
- e) o direito de passagem;
- f) os parâmetros técnicos operacionais e de desempenho;
- g) a adequação da planilha econômico-financeira;
- h) a tarifa-teto da subconcessão e a tarifa do direito de passagem;
- i) as receitas acessórias e alternativas;
- j) o valor de outorga e a sua amortização; e
- k) os seguintes itens dos instrumentos jurídicos: os bens da concessão, as regras de compartilhamento da infraestrutura ferroviária e dos recursos operacionais, o valor de outorga e a remuneração, as especificações técnicas mínimas, a alocação de riscos e o limite de dispersão tarifária.

A unidade instrutiva também definiu os aspectos que não seriam objeto de sua análise:

- a) a taxa de desconto do fluxo de caixa do projeto (WACC);
- b) as estimativas de custos operacionais (Opex);
- c) os investimentos obrigatórios materialmente não relevantes (passagens em nível e inferiores, remanejamento de linhas de transmissão, implantação de marcos quilométricos, sistema de proteção da ponte sobre o Rio Grande, implantação do pátio de Estrela d'Oeste/SP, implantação de detectores de descarrilamento, implantação do sistema de licenciamento e sinalização da via e implantação de instalações fixas);
- d) a variação no capital de giro;
- e) as premissas de política pública definidas pelo MTPA;
- f) os instrumentos jurídicos, com exceção dos referidos itens incluídos no escopo; e
- g) o estudo ambiental, com exceção dos passivos ambientais a cargo da Valec.

Após o exame técnico, a SeinfraPortoFerrovia submeteu a seguinte proposta de encaminhamento (peças 85 e 86):

‘392.1. cientificar a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que, dentro do escopo delimitado para a análise, nos 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 ajustadas antes da publicação do referido edital;

392.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, 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 concessão da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central:

I) sem esclarecer como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995 (§ 93);

II) sem adotar uma data limite para a conclusão das obras pela Valec, uma vez que eventual atraso na finalização das obras impacta o início das operações ferroviárias pela subconcessionária, de forma a considerar as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária providenciar as devidas medidas preparatórias para o início da operação, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995 (§ 153);

III) sem promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a 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 X, da Lei 8.987/1995 (§ 160);

IV) sem tornar público aos potenciais licitantes os problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, informando-os sobre os casos de reequilíbrio do contrato e sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex), ou, de forma alternativa, promover os ajustes necessários nos valores previstos de Capex necessário para a conclusão desses lotes na modelagem econômico-financeira e demais documentos, de forma a considerar os problemas identificados na brita para lastro fora das especificações utilizada pela Valec nos referidos lotes, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995 (§ 161);

V) sem incluir os Termos Aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem, no conjunto de documentos que compõem o edital, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 206);

VI) sem efetuar a devida análise e definir a(s) forma(s) mais adequada(s) de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 297);

VII) sem alterar o custo de manutenção da Licença de Operação na modelagem econômico-financeira para o valor indicado no Caderno de Meio Ambiente prévio à audiência pública, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 312);

VIII) sem promover os ajustes no cálculo da modelagem econômico-financeira relativos à alteração das tarifas de direito de passagem das concessionárias tanto nos custos pelo exercício do direito de passagem quanto nas receitas auferidas pela subconcessionária, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 337);

IX) sem promover os ajustes nas premissas do projeto e nas minutas de contrato e de edital indicados nos itens anteriores e recalculando o valor da outorga mínima, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 351);

392.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:

I) para futuras concessões ferroviárias, avalie, juntamente com a EPL, a consistência, fidedignidade e 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 (§ 100);

II) 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 (§ 112);

III) 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 a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem (§ 243);

IV) previamente à publicação do edital da Ferrovia Norte Sul - Tramo Central, avalie o impacto às condições isonômicas de precificação e de lance entre os potenciais licitantes, com relação à existência de parcela de fluxos de carga doméstica a serem transportadas em regime de direito de passagem que não foram consideradas nas minutas de termos aditivos aos contratos das ferrovias adjacentes e, caso verifique prejuízo à competitividade do certame, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias (§ 249);

V) realize análise de impacto organizacional no sentido de verificar, em especial na 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 (§ 260);

VI) promova a discussão dos temas Operações Acessórias e Atividades Alternativas com os interessados e avalie as possíveis alternativas da regulação setorial da prestação desses serviços (§ 275);

VII) adequa o item 3.1 (ix) da minuta de contrato com os itens 5.1 (v), 5.2 (iii), 12.2 (h), 12.3 (ee), de forma a deixar claro a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio, anteriores à data de assunção da subconcessionária, caso a Interviente subconcedente não cumpra com as suas obrigações contratuais (§ 286);

VIII) adequa a redação do item 27.2 (h) da minuta de contrato da subconcessão da FNS de forma a deixar claro que o disposto nesse item deve observar o previsto no item 27.1 (c) do referido documento, no sentido de que os riscos para os vícios em bens transferidos à subconcessionária e que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente, sejam devidamente alocados à subconcessionária (§ 289);

392.4. enviar cópia da decisão para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, Secretaria Especial do Programa de Parcerias e Investimentos e Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.;

392.5. restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia que prossiga no acompanhamento do presente processo de concessão, nos termos do artigo 7º, incisos II a IV, da Instrução Normativa-TCU 27/1998.'

II. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Com a devida vênia, o Ministério Público de Contas diverge da proposta de encaminhamento formulada pela unidade técnica instrutiva pelos motivos que passa a expor.

A subconcessão em apreço é de alta complexidade e relevância e sua correta operação é essencial para a interligação das malhas ferroviárias nacionais. Pela primeira vez em nossa história, haverá a possibilidade de cargas da Região Sudeste serem transportadas continuamente por ferrovia até a Região Norte e vice-versa. Sem dúvida alguma, uma grande conquista para a infraestrutura brasileira.

A primeira grande questão que exsurge dos autos é sobre o modelo de exploração dessa ferrovia de integração nacional, se deve ele ser o vertical, como o hoje vigente para todas as demais ferrovias do país, ou o horizontal, com segregação da conservação da infraestrutura física e do serviço de transporte ferroviário, com livre acesso à infraestrutura daqueles operadores de transporte autorizados pela agência reguladora.

Trata-se de política pública que cabe ao Poder Executivo definir com base em estudos que demonstrem e quantifiquem as vantagens e desvantagens de cada alternativa. Poderia também o

Poder Legislativo definir por lei tal política, restando ao Poder Executivo implementá-la conforme fosse legalmente definido. Essa definição, contudo, não pode ocorrer sem adequada justificação técnico-econômica, justificação que deveria estar incluída nas premissas que dão alicerce ao modelo de concessão ora proposto para a Ferrovia Norte-Sul Tramo Central.

A esse respeito, observe-se que a Lei 8.987/1995 assim estabelece:

‘Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

(...)

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

(...)

III - obter e utilizar o serviço, **com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviço, quando for o caso**, observadas as normas do poder concedente; (redação dada pela Lei 9.648/98)

(...)

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão **não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada** no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.’ (grifou-se)

Assim como as premissas do estudo de demanda fazem parte da justificação da concessão ora proposta e integram o escopo do exame realizado pela unidade técnica e pelo TCU, as premissas para a escolha do modelo de exploração também deveriam estar presentes nessa justificação para poderem ser examinadas tecnicamente pela unidade de instrução e pelo colegiado de Ministros da Corte de Contas.

Há cerca de cinco anos, houve uma proposta governamental de introduzir um modelo de livre acesso a todas as ferrovias brasileiras, mediante a compra pela Valec da capacidade total de transporte das ferrovias, ficando as atuais concessionárias responsáveis pela conservação da infraestrutura. A Valec procederia, então, à revenda dessa capacidade a operadores ferroviários independentes, conforme a demanda de transporte, arcando com o risco de demanda do sistema.

Essa proposta tinha por objetivo e justificativa introduzir o elemento concorrencial no transporte ferroviário brasileiro, que hoje pratica tarifas pouco menores que o transporte rodoviário, exatamente em razão do monopólio vigente na oferta de serviços de transporte em cada ferrovia, não obstante a já existente previsão legal, regulamentar e contratual para atuação de operadores ferroviários independentes. Tal realidade, entretanto, não se verifica na prática, em virtude da esperada resistência das empresas monopolistas, interessadas em afastar a concorrência, e pela falta de uma atuação efetiva da ANTT para dar *enforcement* às normas já vigentes, mas inoperantes.

O fato de não haver concorrência dentro de cada ferrovia faz com que a maior parte dos ganhos operacionais e de produtividade que o transporte ferroviário pode propiciar sejam apropriados pela própria concessionária exploradora da ferrovia, com pouco repasse desse ganho para os usuários e para a economia como um todo. A introdução da competição entre operadores provocaria uma natural redução das tarifas praticadas pelos transportadores que impactaria positivamente toda a cadeia produtiva, com aumento geral de produtividade e de competitividade do país.

A recente greve dos caminhoneiros revelou concretamente o quanto o país é dependente do transporte rodoviário de cargas e o quanto ele poderia se beneficiar de um incremento da participação do modal ferroviário nesse transporte, incremento que seria tanto maior quanto menor fossem as tarifas livremente praticadas por transportadores operando em regime de livre concorrência, com vantagens competitivas para aqueles que fossem mais eficientes. Quanto menores as tarifas livremente negociadas, maior a atratividade do modal e menor a dependência do país do transporte rodoviário, especialmente no que diz respeito a médias e longas distâncias.

Ao fazer o acompanhamento da concessão da ferrovia EF-354 no processo TC-031.086/2013-6, no trecho Lucas do Rio Verde/MT e Campinorte/GO, a unidade técnica competente à época (SefidTransportes) criticou a forma de operacionalizar o modelo ferroviário, então proposto.

Entre os argumentos formulados, a unidade instrutiva contestou as disposições contidas nos Decretos 8.129/2013 e 8.134/2013, que, respectivamente, instituíam a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal (na qual a Valec atuava para o desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário) e dispunha acerca da estrutura da Valec para a execução das atividades de desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário. Eis o excerto do referido relatório:

‘76. De plano, percebe-se que o exercício da função de incentivo depende de lei. Logo, o Decreto 8.129/2013 não pode conferir competência para a Valec fomentar o desenvolvimento dos sistemas de transporte de cargas sobre trilhos, porque não encontra fundamento de validade na legislação ordinária, em especial na Lei 11.772/2008’.

O Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, no entanto, com o acolhimento do Plenário, assinalou que a Lei 11.772/2008 configura diploma de vasta abrangência, expressamente conferindo, no inciso VI, do art. 9º, competência à Valec para atuar na promoção do desenvolvimento do sistema de transporte ferroviário.

No mesmo sentido, o Ministro-Relator enfatizou que, *‘no âmbito da Lei 11.772/2008 e do Decreto 8.129/2013, fixaram-se os parâmetros das ações estabelecidas para o desenvolvimento do setor ferroviário. (...)’*.

Um ponto, contudo, que demandou maiores esclarecimentos, porquanto fundamental para a sustentabilidade financeira do modelo então proposto, era como seriam financiados de maneira segura e previsível os déficits financeiros que a Valec provavelmente teria de suportar para implementar o modelo, especialmente enquanto estivessem em vigor os atuais contratos de exploração de ferrovias, uma vez que ela compraria toda a capacidade das ferrovias e revenderia apenas o que fosse objeto de demanda, arcando com o risco de a receita oriunda da demanda verificada não cobrir os custos de aquisição de capacidade.

Em razão disso, o Plenário do TCU adotou o Acórdão 3.697/2013, por meio do qual decidiu:

‘9.6. determinar ao Ministério dos Transportes, à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e à Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. que, no prazo de 1 ano, encaminhem a este Tribunal estudo tratando das formas de financiamento dos déficits que a Valec incorrerá ao longo da implementação do novo modelo de exploração das ferrovias, indicando as soluções que serão adotadas para assegurar a previsibilidade e a estabilidade dos pagamentos a cargo da Valec, identificando especialmente a quantidade de recursos da União necessária e suas respectivas fontes;

9.7. determinar à SefidTransporte que promova estudos visando a criação de normas de controle de efetividade e de critérios críticos (inclusive sobre o cálculo e acompanhamento da demanda real) do modelo de concessão ferroviária ora apreciado, de modo a possibilitar que seja verificado se o mesmo maximiza harmonicamente os ganhos para os setores público (entendido como sociedade) e privado e para o cidadão usuário, inclusive quanto à eficiência e eficácia operacional (focos na qualidade e modicidade tarifária) das ferrovias vistas a partir de suas relações intra e intermodal, submetendo ao Tribunal no prazo de 180 (cento e oitenta) dias;

9.8 determinar à Segecex que realize, a partir de 2016, fiscalização a respeito da capacidade gerencial da Valec para administrar e implementar o modelo de concessões de exploração de infraestrutura ferroviária.’

Os estudos de viabilidade financeira do modelo proposto não foram realizados e a iniciativa então encetada de criação de um amplo modelo de livre acesso, englobando todas as ferrovias, foi abandonada sem maiores discussões a respeito. Com efeito, o Decreto 8.129/2013, que havia instituído a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, foi revogado pelo Decreto 8.875/2016, sem que fossem apresentados estudos que fundamentassem o abandono da recém adotada política pública, que buscava corrigir problemas do modelo vertical de exploração

ferroviária.

Interessante observar que, naquela ocasião, no âmbito da proposta de concessão da EF-354, foram apresentados estudos sustentando a visão de que não haveria interesse público na manutenção do modelo vertical, conforme descrito no Voto do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues:

‘Como comprovam os muitos estudos apresentados, a modelagem atual já está superada e não interessa ao País, pelas dificuldades que apresenta, seja pela ausência de competitividade, seja pela ausência de redução efetiva do custo do transporte. Imprescindível, portanto, a apresentação de novas soluções, agora materializadas no modelo do ‘open access’ das linhas ferroviárias’.

O abandono daquela nova política pública, que poderia produzir uma evolução no sistema ferroviário com a introdução de concorrência intramodal, ocorreu sem que houvesse qualquer discussão ou fundamentação técnica. Os motivos apontados foram tão somente a falta de recursos públicos para garantir a implementação do modelo.

No atual processo de acompanhamento, por meio do Ofício 0456/2017 TCU/SeinfraPortoFerrovia (peça 7), a unidade instrutiva solicitou informações acerca da fundamentação da ‘Adoção do modelo vertical de exploração da ferrovia, indicando se houve avaliação de modelos alternativos de exploração econômica da ferrovia’.

Em resposta, o Ministério dos Transportes, por meio da Nota Informativa Conjunta 10/2017/DP-GPI/SFP-MTPA (peça 21, pp. 5/9), limitou-se a responder, em síntese, que (grifos no original):

‘4. Ressalta-se que desde a publicação do documento intitulado ‘Prestação de contas ordinária anual - Relatório de gestão do exercício de 2015’ (páginas 70 e 71) que justificou a retirada da meta de implantação do modelo horizontal de operação ferroviária da atual política pública do governo para o setor, conforme transcrição abaixo, tem-se como premissa que o modelo de concessão ferroviária voltou a ser o vertical. Sabendo que um dos aspectos que levaram a se pensar a implantação do modelo horizontal era uma ampliação do compartilhamento das malhas ferroviárias entendeu-se que esse aspecto deveria ser acrescentado ao modelo vertical anteriormente existente o que resultaria maior atuação regulatória para que o compartilhamento das malhas ferroviárias fosse representativo.’

O Ministério justificou também que, para a viabilização da implantação do modelo horizontal, seria necessária a aquisição, pela Valec, da capacidade operacional das concessionárias horizontais, bem como aquisição de capacidade ociosa das concessionárias verticais, para posterior oferta pública aos Operadores Ferroviários Independentes (OFI). Contudo, a implantação do novo modelo de concessões ferroviárias teria se mostrado incompatível com o agravamento das condições fiscais e econômicas enfrentadas pelo país, haja vista o grande esforço financeiro que seria exigido da União, caso se optasse pela adoção do modelo horizontal (peça 21, pp. 6/8).

Esclareceu também que se optou pelo aperfeiçoamento do atual modelo vertical de concessão ferroviária, equiparando os Operadores Ferroviários Independentes às atuais concessionárias verticais para fins de aquisição e uso da capacidade ociosa no subsistema ferroviário federal.

Assim, esses operadores poderiam celebrar Contratos Operacionais Específicos (COE) diretamente com as concessionárias verticais, visando ao compartilhamento da infraestrutura ferroviária federal que lhes é concedida, o qual poderá ocorrer na modalidade de Tráfego Mútuo (TM) e de Direito de Passagem (DP).

Percebe-se, portanto, que o Poder Executivo pretendeu justificar o modelo adotado para esta ferrovia sem ter como fundamento qualquer estudo específico sobre a viabilidade de se adotar o modelo horizontal apenas para esta ferrovia. Deu-se a questão como resolvida e superada em 2015, sem atentar para a especificidade da atual situação. Aliás, o próprio Ministério dos Transportes, não obstante entender intempestivo, reconhece a ‘necessidade de estudos, mais aprofundados sobre a temática’ (peça 21, p. 6).

Rememorando a proposta de concessão da EF-354, o modelo de outorga visava ‘afastar o risco de demanda do concessionário, com o propósito de ampliar a participação de capital privado em

projetos de infraestrutura ferroviária'. Vale frisar que os riscos apontados pela unidade técnica diziam respeito à operação deficitária da Valec e a riscos fiscais, ou seja, à garantia de uma renda mínima para a concessionária utilizando recursos públicos. Não houve crítica em relação à segregação vertical da rede (vertical *unbundling*) e ao livre acesso à infraestrutura ferroviária (*open access*).

Observe-se que o Tribunal de Contas da União não se posicionou contra o modelo proposto à época. O Ministro Walton Alencar Rodrigues assinalou, inclusive, suas vantagens comparativas com o modelo monopolista. Registrou, apenas, no exercício de seu papel de apontar os riscos fiscais das políticas públicas, que o modelo carecia de explicitação dos seus custos de implantação, com previsão de gastos e de fontes de receitas.

Note-se que a adoção do modelo de livre acesso, ou *open access*, não precisaria e não precisa ocorrer de forma simultânea em todas as ferrovias. Poderia dar-se de maneira gradual, com a incorporação de novas ferrovias interligadas à medida que os atuais contratos monopolistas vencessem. O modelo poderia se iniciar com este trecho da Ferrovia Norte-Sul, que já está concedido à Valec, **desde que garantido o direito de passagem dos operadores de transporte ferroviário pelas ferrovias adjacentes** que dão acesso aos portos de Santos/SP e de Itaquí/MA. Aliás, como se discorrerá mais adiante, a adequada e segura regulação do direito de passagem é essencial para a viabilidade da exploração da Ferrovia Norte-Sul, seja no modelo vertical, seja no modelo horizontal.

Outra relevante diferença a ser destacada entre o caso da Estrada de Ferro EF-354 e o presente caso é o fato de que, na proposta da EF-354, se pretendia eliminar o risco de engenharia do Governo, ao delegar a construção da ferrovia ao setor privado. Tratava-se de um projeto *greenfield*. Naquela situação, a evidenciação de que a Valec, com respaldo da União, teria condições financeiras de assegurar aos possíveis interessados a compra total da capacidade de transporte da futura ferrovia era crucial para que houvesse interessados na construção. Eliminava-se o risco de engenharia, mas introduzia-se o risco fiscal, dada a já pressentida fragilidade das contas públicas nacionais, com forte impacto sobre a viabilidade econômica daquele projeto. Na atual proposta, este risco de viabilidade econômica está mitigado, pois não se trata de um projeto *greenfield*. O governo federal já arcou com praticamente todos os investimentos necessários na infraestrutura ferroviária. Ademais, o estudo econômico-financeiro demonstra a viabilidade do negócio.

Neste caso da Ferrovia Norte-Sul, Tramo Central, não há sequer que se falar em compra da capacidade de transporte pela Valec, já que essa capacidade já lhe pertence, uma vez que a ferrovia já está concedida à Valec. Ela poderia, se essa fosse a política pública a ser fundamentadamente definida, vender a operadores ferroviários independentes a capacidade de transporte que já é sua. Se e quando houvesse volume significativo de cargas e/ou passageiros transportados, poderia a Valec subconceder a infraestrutura ferroviária, cujo operador seria remunerado pelos operadores independentes. Essa seria uma outra modelagem, sem risco fiscal algum, que poderia ser levada em conta na definição do modelo. Mesmo o modelo vertical poderia ser implementado com percentual definido de reserva de capacidade para operadores ferroviários independentes, o que mitigaria o modelo monopolista e garantiria alguma possibilidade de concorrência dentro de cada ferrovia.

Essas múltiplas possibilidades apenas reforçam a necessidade de estudos que fundamentem o modelo proposto. Entre os métodos para se analisar a viabilidade de um investimento, é possível lançar-se mão de um conjunto de técnicas de comparação, de forma científica, permitindo a tomada de decisão de forma segura, comparando os possíveis resultados de alternativas diferentes. É o que se espera que seja feito para justificar uma tomada de posição que terá repercussão para os próximos trinta anos.

Embora seja, em princípio, mais complexa que a operação em regime monopolista, por envolver mais atores, a exploração em modelo de livre acesso pode se dar de modo eficiente com adequada tecnologia de controle operacional da malha, assim como ocorre com a infraestrutura aeroportuária, em que múltiplos operadores de transporte interagem com o operador da infraestrutura. Os recursos tecnológicos de comunicação e informática permitem o monitoramento, em tempo real, do

funcionamento dos trens na via. A exemplo do que ocorre com o controle do tráfego aéreo nacional (muito mais complexo) ou do despacho de energia do setor elétrico, um operador nacional do sistema ferroviário poderia ser constituído para gerir a operação eficiente de um sistema com múltiplos operadores.

Sistemas computacionais que utilizam algoritmos baseados em teoria dos grafos e outros métodos já são largamente utilizados por empresas de logística e distribuição de produtos para determinar o ponto ótimo de funcionamento de uma rede. Não se trata sequer de tecnologia recente, mas de algo já utilizado há décadas, que pode ser facilmente aplicado a uma malha ferroviária funcionando em modelo de rede.

Existindo, portanto, essas possibilidades, é de se indagar por que não há justificativas técnico-econômicas para a adoção do modelo vertical nesta pretendida subconcessão. A simples lembrança de que, no passado, o modelo proposto para implantação de forma global não deu certo por restrições fiscais não supre a necessidade de análise das possíveis alternativas para este caso concreto, dado que a exploração horizontal não precisa ser implantada em todas as ferrovias e, naquelas em que for implantada, não precisa ser implantada simultaneamente. Verifica-se que o modelo vertical foi adotado de maneira implícita, pela própria minuta de contrato proposto, sem nenhuma justificativa técnica ou econômica específica, como se a definição da política pública pudesse prescindir do dever de motivação e de vinculação aos motivos declinados.

Registre-se que, no processo TC-009.032/2016-9, em relação à possível prorrogação antecipada do contrato de concessão ferroviária da Malha Paulista, a unidade técnica (SeinfraPortoFerrovia), muito diligentemente, demandou que o Poder Executivo apresentasse os estudos que justificariam a política pública de promover essas prorrogações *vis a vis* a alternativa de realizar novas licitações ao final da vigência dos contratos em curso (peças 129 a 131 do TC 009.032/2016-9), uma vez que a diretriz constitucional é de licitar como regra e de não licitar apenas como exceção, de modo que a exceção precisa estar muito bem justificada para que a regra possa ser afastada.

Vê-se que a questão da definição do modelo vertical e do afastamento do modelo de livre acesso vem sendo tratada como uma questão já definida, superada, um dado inexorável da realidade, sem nenhuma possibilidade de discussão. Virou um tema interditado, proibido, não obstante o momento atual seja exatamente o mais propício para essa discussão, já que a entrada em operação da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central, como dito antes, permitirá, **pela primeira vez em nossa história**, a interligação ferroviária de regiões geograficamente muito distantes em nosso país. Pela primeira vez, poderemos ter uma malha ferroviária operando em rede, com múltiplos pontos de origem e destino de carga, e não apenas como grandes corredores de exportação.

Em verdade, **neste momento da história de nossas ferrovias, essa discussão de modelo é não somente oportuna, mas absolutamente necessária**, uma vez que se poderão tomar decisões que terão repercussões pelas próximas décadas sobre a economia nacional, sobre nossa competitividade e nosso desenvolvimento. Trata-se de discussão sobre qual a melhor maneira de utilização de uma infraestrutura que é pública, construída com bilhões de reais da sociedade brasileira. A discussão técnico-econômica desses modelos é fundamental, sob pena de a sociedade brasileira se ver privada do direito de ver fundamentadas as mais relevantes escolhas públicas, direito este inerente ao regime republicano, lastreado e legitimado no dever de prestar contas da gestão pública.

Considerando as diferenças de impactos para a economia nacional que um modelo pode ter em relação ao outro, ao ver do Ministério Público de Contas, afigura-se imprescindível que sejam apresentados os estudos técnicos comparativos que justificaram a adoção do modelo vertical para este caso concreto.

Assim como se questionou no passado recente a viabilidade financeira da então pretendida implantação do modelo *open access* em todas as ferrovias e agora se questionam os fundamentos para abertura das discussões sobre possíveis prorrogações antecipadas, há que se exigir também a fundamentação para a escolha, em cada ferrovia a ser explorada, do modelo de exploração escolhido. Não se há de presumir que o modelo vertical não precisa se justificar nem que apenas um modelo tenha de ser adotado de forma uniforme em todas as ferrovias, uma vez que diferentes modelos podem conviver. Há que haver uma fundamentação de escolha em cada trecho a ser

explorado, conforme as circunstâncias fáticas envolvidas.

Por isso mesmo, não se pretende nesse parecer afirmar *a priori* a superioridade de um modelo sobre o outro neste caso concreto ou a existência de uma superioridade intrínseca, que valha para todos os casos e todas as ferrovias. O que se questiona é não haver neste processo e no âmbito do Ministério dos Transportes, nem no da ANTT, qualquer discussão sobre isso, considerando que ambos têm competência legal para promover e fomentar essas discussões técnicas, cabendo ao Ministério dos Transportes, fundamentadamente, fazer a escolha de forma coerente com os estudos que forem realizados.

Considerando tudo quanto o Ministro Walton Alencar Rodrigues expôs em seu alentado voto acima referido (Acórdão 3.697/2013-Plenário), seria de se esperar que essa discussão tivesse sido aprofundada, em vez de simplesmente abandonada. De todo modo, impõe-se que a escolha pública seja técnica e economicamente fundamentada para que o procedimento de concessão possa avançar.

A segunda grande questão que se extrai dos autos é a falta de qualquer previsão atinente ao transporte de passageiros. É como se transporte de passageiros não existisse no mundo ou não pudesse conviver com transporte de cargas, quando convive no mundo desenvolvido, compartilhando, como regra, a mesma infraestrutura ferroviária.

O argumento de que vias férreas destinadas ao transporte de cargas seriam inadequadas para o transporte de passageiros, porque não ofereceriam a estes o conforto necessário, não encontra respaldo na realidade mundial, mesmo quando consideradas ferrovias tão antigas quanto as nossas. Neste caso, nem sequer se trata de uma ferrovia antiga. A tecnologia atualmente empregada para construção de vagões de passageiros minimiza ou elimina os eventuais desconfortos decorrentes das emendas dos trilhos ou das curvas em velocidade, seja com sistema de amortecimento dos pequenos impactos, seja com mecanismo de balanço do vagão, que faz a compensação da força centrífuga experimentada pelos passageiros durante as curvas.

O transporte ferroviário de passageiros constitui importante instrumento de mobilidade ao redor do mundo, superando em eficiência e segurança o transporte rodoviário, intrinsecamente mais inseguro e mais sujeito a incertezas de horário de chegada, dadas as variáveis condições de tráfego nas rodovias. Em todo o mundo, o transporte ferroviário de passageiros entre centros urbanos não muito distantes é o padrão-ouro adotado, seja pelo custo, pela segurança, pelo conforto ou ainda pela maior previsibilidade de horários de chegada, mais uma vez, com ganhos de produtividade para toda a economia, superando tanto o modal rodoviário como o aeroviário. É muito comum que as pessoas consigam até mesmo trabalhar durante o trajeto, abrindo seus computadores para produzir textos e planilhas e acessar e enviar mensagens, dando melhor aproveitamento ao tempo de deslocamento.

Chega mesmo a ser incrível que este tema não esteja na agenda do país de forma coerente com a infraestrutura implantada ou em vias de implantação. Tanto no modelo vertical puro, como no modelo vertical que incorpore parcialmente operadores ferroviários independentes ou, ainda, no modelo horizontal, o transporte de passageiros é, na imensa maioria das ferrovias, perfeitamente viável, útil e necessário à maximização dos ganhos **para a sociedade** da utilização da infraestrutura ferroviária.

É papel dos órgãos estatais, especialmente das agências reguladoras, mediar as diversas e, por vezes, conflitantes aspirações dos interessados em determinado serviço público, colocando em equilíbrio os interesses das empresas que exploram a prestação do serviço público e dos usuários do serviço, de modo que as empresas possam prestar o serviço com rentabilidade atraente e os usuários possam fruir da prestação do serviço com custo aceitável e em nível de qualidade considerado adequado.

É natural da lógica empresarial que as empresas concessionárias busquem concentrar seus esforços de investimento e de operação nas atividades mais rentáveis para elas. Maximizar receitas e reduzir custos é o caminho para isso. Assim, o transporte de cargas, com vagões com menos tecnologia embarcada que os destinados a passageiros e, portanto, mais baratos, com menor necessidade de

manutenção, com menos funcionários empregados e tarifas possivelmente mais elevadas por quilômetro percorrido, tende a ser o segmento de atuação preferencial das concessionárias ferroviárias.

Mesmo dentro deste específico segmento, cargas a serem transportadas por maior distância tendem a ser mais atraentes para a concessionária, dada a diluição dos custos fixos que a maior quilometragem percorrida permite. Assim, usuários com cargas mais distantes tendem a ser clientes preferenciais em relação aos usuários mais próximos. Com isso, importante parcela de usuários interessados no transporte ferroviário pode restar simplesmente desatendida, sem acesso à fruição dos ganhos permitidos pela infraestrutura pública.

Sem uma boa regulação que ponha em equilíbrio os naturais interesses empresariais das concessionárias voltados para a maximização de seus resultados operacionais e os legítimos interesses de todos os possíveis usuários, tanto de cargas como de passageiros, não haverá a melhor utilização para a sociedade da infraestrutura pública. Isso porque, se importantes segmentos não forem atendidos, não haverá a maximização de ganhos sociais e de produtividade e competitividade, para toda a economia, que essa infraestrutura pode oferecer. Vale dizer, a concessão não pode ser vista apenas como um negócio atraente para o concessionário. Deve ser orientada também para a maximização dos ganhos sociais e econômicos da sociedade, sendo ainda atraente para o concessionário, ainda que eventualmente um pouco menos rentável que numa utilização orientada à maximização do resultado operacional da ferrovia.

Também neste aspecto da subconcessão ora proposta, percebe-se que há uma definição tácita de uma política pública ou, em verdade, da falta dela. Há uma definição que se manifesta pelo silêncio do edital e minuta de contrato sobre qualquer obrigação, incentivo ou meta de oferecimento do serviço de transporte de passageiros. Há apenas uma superficial menção ao tema quando se fala do possível compartilhamento da infraestrutura (item 9.4 da minuta de contrato, peça 65).

Da mesma forma que se verificou em relação à opção pelo modelo de exploração vertical, ao ver do Ministério Público de Contas, a definição dos contornos da política pública sob exame, no que se refere ao transporte de passageiros, precisa ser fundamentada em estudos e dados que demonstrem pelo menos a razoabilidade da opção feita, com incorporação desses estudos nas premissas da presente proposta de subconcessão para exame pelo Tribunal de Contas da União.

Mais uma vez, vale o registro, não se pretende que o Tribunal de Contas da União substitua o gestor público em sua tarefa de definir as políticas públicas. Quer-se tão somente que a definição seja por ele feita de forma fundamentada, com estudos e dados que a suportem, sob pena de violação do dever de motivação a que todo gestor público está sujeito, especialmente nas escolhas públicas de maior impacto para a coletividade. 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.

Caso essas duas necessidades de fundamentação prévia não sejam assim entendidas por Vossa Excelência e pelo egrégio Plenário, há outros pontos na proposta de subconcessão ora em exame que merecem redobrada atenção desta Corte de Contas.

A boa modelagem do contrato a ser licitado e o bom procedimento de licitação, com a adequada alocação e minimização de riscos tanto para os potenciais licitantes como para a subconcedente e prazo razoável para avaliar e precificar os riscos envolvidos são essenciais não só para que a licitação cumpra seu objetivo constitucional de atrair o maior número possível de interessados para obtenção da proposta mais vantajosa, como também para permitir uma execução contratual de longo prazo com o mínimo de percalços e conflitos entre subconcessionária e subconcedente.

Vale dizer, um edital bem elaborado, com prazo adequado para avaliação pelos possíveis interessados das condições oferecidas e com clara atribuição de responsabilidades para quem tem as melhores condições de lidar com elas, a fim de reduzir ou eliminar possíveis focos de conflito na execução contratual, é fundamental para o sucesso da licitação e boa performance do contrato de subconcessão.

Ao ver do Ministério Público de Contas, o edital proposto para subconcessão da Ferrovia Norte-Sul

Tramo Central não atende a esses requisitos, apresentando características que comprometem a competitividade do certame, com provável atração de apenas um ou, no máximo, dois interessados, e com vários pontos de geração de conflitos e impasses em sua execução futura, o que contribui para afastar ainda mais potenciais interessados.

Com efeito, a extensão total do trecho objeto da atual proposta tem diversas pendências a serem resolvidas e a atual modelagem traz consigo grandes riscos e incertezas, relativos ao direito de passagem, à responsabilidade sobre as obras inacabadas, aos passivos ambientais, às invasões da faixa de domínio e aos bens reversíveis, capazes de afastar concorrentes e possivelmente atrair apenas um interessado.

A experiência problemática da subconcessão do Tramo Norte, acima referida, é uma clara demonstração do conjunto de situações-problema que certamente advirão de uma contratação em que diversas indefinições são deixadas para serem resolvidas mais tarde.

Já não se trata aqui de definição de políticas públicas, muito menos de decisões discricionárias, mas de condições da licitação e do contrato oferecido que têm impacto direto na competitividade do certame, aspecto pelo qual esta Corte de Contas tem obrigação de velar, dado que a licitação é o meio constitucionalmente estabelecido para obtenção de contratos públicos. Em matéria de licitação, esta Corte de Contas tem a missão e o dever de rechaçar tudo que implicar restrição da competitividade e prejudicar a boa higidez contratual.

Toda a análise que será empreendida pelo Ministério Público de Contas nos tópicos seguintes deste parecer tem como diretriz a maximização da atratividade de possíveis interessados e a redução ou eliminação de fatores de incerteza que afetarão o regular desenvolvimento do contrato.

A. A complexidade do leilão exige maior prazo de antecedência da publicação do edital

Um dos problemas crônicos de nossas concessões é a fixação de prazos reduzidos entre a publicação do edital e o oferecimento das propostas. A grande maioria das concessões em curso tiveram prazos de exíguos 45 dias para apresentação de propostas. Não há dúvida de que prazos reduzidos afastam de pronto a grande maioria dos possíveis interessados, especialmente os grandes operadores de infraestrutura internacionais. A mensagem percebida é a de que a licitação já está dirigida a grupos que já dispõem de informação privilegiada sobre o objeto da licitação e de que é mandatório se associar a algum grupo local para ter alguma chance de vitória na competição.

Prazo adequado é fundamental para que a licitação seja percebida como minimamente séria. Participar de uma licitação internacional para infraestrutura custa tempo e muito dinheiro. Potenciais interessados precisam mobilizar equipes de engenheiros nos países em que a licitação se dará e nos seus países de origem para conhecerem detalhadamente a realidade física do empreendimento, as condições de solo e topografia, a qualidade dos materiais porventura já empregados, as condicionantes e passivos ambientais, para poderem calcular os custos envolvidos. Precisam contratar equipes de advogados locais para interagir com seu corpo jurídico, para avaliar as questões jurídico-regulatórias do país onde ocorrerá a licitação. Precisam fazer seus próprios estudos de demanda e possível receita do empreendimento. Apenas com essas informações poderão estudar a viabilidade de empreendimento e construir a engenharia financeira para dar-lhe suporte, buscando verificar a possibilidade de financiamentos, o uso de capital próprio, a emissão de títulos ao mercado e eventual associação com outros interessados para fins de compartilhamento e mitigação de riscos. É muito trabalho, trabalho que tem por si só elevado custo, sem nenhuma garantia de retorno. Ninguém se dará a esse trabalho e risco se não acreditar na seriedade da competição e se não houver tempo suficiente para realizá-lo com a qualidade necessária.

Há centenas de projetos de infraestrutura em gestação no mundo todo. Não são apenas os empresários e investidores que concorrem pelos melhores projetos, mas também os projetos e os países concorrem entre si para atrair os melhores empresários e investidores. Prazos curtos para projetos complexos são o primeiro claro sinal de que a atração dos melhores operadores de infraestrutura não é uma prioridade. Eles simplesmente não se mobilizam para participar de licitações em que os prazos após a publicação do edital sejam reduzidos. Não vão gastar recursos caros para realizar um trabalho de avaliação mal feito para participar de uma competição em que a

assimetria de informação é que será determinante para escolha do vencedor.

Não existe um prazo ótimo universal. Ele depende da complexidade do objeto. Quanto maior a complexidade, maior o prazo requerido para conhecimento de todas as variáveis que impactam nos custos e receitas do empreendimento. O caso em estudo neste processo é de alta complexidade, contém numerosas pendências que afetam a precificação de eventuais propostas e, portanto, é um objeto que certamente demanda um prazo maior de antecedência da publicação do edital em relação à data de apresentação das propostas.

Uma das principais realizações anunciadas pelo atual governo, especialmente por meio de seu Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), foi a ampliação dos prazos dos editais de concorrência para 100 dias, em vez dos absolutamente insuficientes 45 dias anteriores. Sem dúvida alguma, foi um avanço, mas para certos objetos, de elevada complexidade, 100 dias continuam sendo insuficientes para mobilizar e atrair grandes investidores.

O volume de informações de que devem tomar pé para apresentar uma proposta responsável e consciente é muito grande e isso requer tempo. A estratégia que parece ter sido adotada neste edital para supostamente reduzir essa necessidade de tempo prévio, consistente na possibilidade de repactuação contratual em face de elementos que só posteriormente à assinatura do contrato serão adequadamente identificados e avaliados, **em vez de diminuir os riscos, somente os aumenta**. É como um convite para entrar meio às cegas num negócio de grandes proporções e de longa duração, com a promessa de que tudo se resolverá adiante. Em vez de clareza, o edital proposto oferece incerteza e alguma esperança. Quanto maior a incerteza, que não tem o mesmo grau para todos os possíveis interessados, como se verá, menor a chance de um empresário se interessar pelo leilão.

É voz corrente entre especialistas que os prazos de editais de infraestrutura devem ser generosos justamente para viabilizar todo o conjunto de providências necessárias à adequada avaliação e precificação das condições oferecidas para apresentação de propostas responsáveis e conscientes, aptas a propiciar uma execução contratual bem sucedida. Prazos maiores trazem mais competidores.

O país precisa e pode mudar de patamar em termos de preparação de editais e prazos de licitação se quiser atrair os melhores operadores de infraestrutura do mundo e se quiser ter contratos de concessão desempenhados com segurança jurídica e econômica, em vez desse ambiente de incertezas e permanente solicitação de repactuação dos contratos vigentes. O trato das questões de infraestrutura, de longa duração e elevado impacto na economia e na sociedade não pode ser ditado pela compreensível, mas indevida, pressa decorrente do calendário eleitoral a apontar para o encerramento dos mandatos em curso.

É natural o anseio de realização e toda celeridade é bem-vinda desde que não comprometa a qualidade indispensável do processo para que tenha o mínimo de competitividade e qualidade de preparação, que deixará como legado uma infraestrutura instalada e explorada em bases superiores de qualidade, custo e eficiência para toda a economia.

A correção deste edital e sua publicação com prazo adequado para atração real do maior número possível de interessados constituirão um novo marco na postura do país no trato das concessões de infraestrutura, o que certamente projetará uma imagem de maior seriedade e capacidade de planejamento nesse tema.

Neste caso concreto, um prazo mais longo se mostra absolutamente necessário não apenas para que potenciais interessados possam conhecer as condições reais do empreendimento, mas também para que certas providências prévias fundamentais possam ser adotadas pela Valec, como se verá adiante.

Considerando a elevada complexidade envolvida na 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), com numerosas pendências e passivos a serem quantificados, é imperativo que os interessados disponham de uma antecedência mínima de cento e oitenta dias entre as datas de publicação do edital e de realização do certame, de modo a permitir a

realização de todas as análises pertinentes à apresentação das propostas, após a verificação das condições físicas dos bens, móveis ou imóveis, que compõem o objeto da concessão, em respeito aos princípios da isonomia e da eficiência.

A fixação de prazo razoável para que os potenciais interessados possam estudar, em detalhes, os exatos termos do instrumento convocatório e da minuta do contrato não é questão de forma, mas de essência da própria possibilidade de competição, daí ser necessária especial atenção desta Corte de Contas para essa questão. Não se diga, como se aventou na imprensa, que os possíveis interessados já deteriam suficiente conhecimento do objeto antes mesmo do edital ser publicado. Tal afirmação apenas reforçaria que a assimetria de informação é que seria determinante para o desfecho da licitação.

É preciso ponderar que, em face das diversas determinações e recomendações que, tudo indica, serão expedidas por esta Corte, a formatação do certame ganhará contornos diferenciados dos que até agora foram postos à disposição do mercado, aspecto este que deve ser sopesado no convencimento do Tribunal acerca da razoabilidade do prazo a ser fixado.

B. Propostas de encaminhamento divergentes da unidade instrutiva

Após essas observações iniciais, entende-se necessário tecer algumas considerações especificamente quanto à proposta de encaminhamento da unidade instrutiva. Com todas as vênias ao dedicado e diligente trabalho da unidade técnica especializada, ao ver do Ministério Público de Contas, as determinações e recomendações propostas não serão, por si sós, capazes de garantir a segurança jurídica necessária para a indução de um ambiente concorrencial, tampouco de garantir, no futuro, a efetivação do direito de passagem para os operadores independentes.

1. Direito de passagem

A questão do direito de passagem é central neste processo. Sem uma 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. Somente a Rumo, que opera a Malha Paulista, e a VLI, que já opera o Tramo Norte da Ferrovia Norte-Sul teriam tranquilidade para participar do leilão, contando já com uma solução para levar suas cargas com segurança até algum porto.

Uma correta e segura definição do direito de passagem, portanto, é fundamental para que a licitação possa atrair outros operadores ferroviários.

No que se relaciona ao direito de passagem, a unidade instrutiva pugna por incluir as seguintes determinações à ANTT:

‘392.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, 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 concessão da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central:

I) sem esclarecer como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995 (§ 93);

(...)

V) sem incluir os Termos Aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem, no conjunto de documentos que comporão o edital, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 206);

(...)

VI) sem efetuar a devida análise e definir a(s) forma(s) mais adequada(s) de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 (§ 297);’ (grifou-se)

A unidade instrutiva também sugere algumas recomendações relacionadas ao mesmo direito:

‘III) 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 a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem (§ 243);

(...)

V) realize análise de impacto organizacional no sentido de verificar, em especial na 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 (§ 260);’ (grifou-se)

É visível o esforço da unidade instrutiva para dar maior segurança jurídica à questão do direito de passagem, quer seja no trecho objeto da proposta de subconcessão, quer seja nos trechos adjacentes a este. Além da proposta relativa aos termos aditivos, há proposta de determinação para que a ANTT formule esclarecimento sobre como pretende atuar no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes e sobre a forma mais adequada de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem. Ademais, a instrução precedente traz recomendações para que a agência reguladora realize análise de impacto organizacional para verificar 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.

De acordo com informação da própria ANTT, publicada em seu sítio eletrônico, a celebração dos Termos Aditivos aos contratos vigentes com as concessionárias Estrada de Ferro Carajás (EFC), Ferrovia Norte-Sul S.A. (FNS), Ferrovia Transnordestina Logística S.A. (FTL), MRS Logística S.A. (MRS) e Rumo Malha Paulista S.A. (RMP), previamente à realização da licitação da FNS, tende a eliminar o risco de judicialização da questão, trazendo previsibilidade e segurança necessárias à realização do certame.

Embora os termos aditivos se tornem importantes para a transparência no exercício do direito de passagem, a situação não é tão simples. Ao contrário, é bastante complexa e essencial para definir a atratividade do objeto licitado.

Basta observar que o direito de passagem já é garantido na lei e na regulamentação da ANTT (Resolução 3.695/2011). Inclusive, cabe registrar, já consta como obrigação nas cláusulas de diversos contratos de concessão de ferrovias adjacentes à FNS, a exemplo do seguinte:

‘CLÁUSULA NONA - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES

9.1 - DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA:

(...)

XX) Assegurar, a qualquer operador ferroviário, durante a vigência do presente contrato, a passagem de até 2 (dois) pares de trens de passageiros, por dia, em trechos com densidade anual de tráfego mínima de 1.500.000 TKU/km;

(...)

XXII) Garantir tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores de transporte ferroviário, mediante a celebração de contrato, dando conhecimento de tais acordos à CONCEDENTE no prazo de 30 (trinta) dias. Serão definitivas as exigências que a CONCEDENTE venha a fazer com relação às cláusulas de tais contratos referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário;’

Também não é recente a previsão do direito de passagem e de tráfego mútuo na lei e na regulamentação da ANTT.

Eis que o art. 25 da Lei 10.233/2001 assim estabelece:

‘Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:

(...)

V - regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes' (grifou-se)

Veja-se também o regulamento da ANTT, desde 2011, sobre a matéria (Resolução ANTT 3.695, de 14/7/2011):

‘Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se: (...)

VI - direito de passagem: a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço;

(...)

Art. 14. Na existência de conflito quanto às questões associadas aos investimentos para expansão da capacidade, compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais, as concessionárias ou os usuários de transporte de cargas que se sentirem prejudicados poderão requerer a atuação da ANTT para resolução da questão, em especial:

I - na impossibilidade de acordo comercial entre cedente e requerente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais;

II - na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao valor dos investimentos de expansão de capacidade ou da tarifa de direito de passagem ou tráfego mútuo;

III - na impossibilidade de acordo quanto à comercialização, por parte da cedente, da capacidade ociosa decorrente de investimentos suportados pela requerente e não utilizada por ela;

IV - caso as exigências técnico-operacionais da cedente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais sejam consideradas abusivas pela requerente; ou

V - na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao estabelecimento e cumprimento dos cronogramas de execução das obras de investimento para expansão da capacidade.’ (grifou-se)

Trata-se de um tema muito debatido. O que deve ser analisado, no atual momento, é a razão pela qual a temática envolvendo o direito de passagem aparece de forma tão reiterada nas discussões sobre a subconcessão da FNS, a ponto de ser o segundo questionamento mais frequente nas audiências públicas.

A razão de haver tantas preocupações dos interessados é, em primeiro lugar, porque o direito de passagem importa na viabilidade ou inviabilidade do trecho a ser subconcedido para diversos interessados. De sua definição resulta a possibilidade de integração do sistema ferroviário e a possibilidade de acesso aos portos para diversos produtos do centro-oeste brasileiro.

Caso o direito de passagem não seja adequadamente garantido, certamente só restarão dois interessados na licitação, justamente aqueles que monopolizam os trechos ferroviários adjacentes (VLI e Rumo).

Em segundo lugar, porque os diversos participantes das audiências públicas, em sua maioria atuantes no setor ferroviário, têm conhecimento da ausência de efetividade da atual regulação estatal do direito de passagem, situação na qual os transportadores ficam à mercê das condições impostas pelos monopolistas, detentores das concessões da infraestrutura ferroviária nacional.

Não parece razoável esperar que as falhas hoje observadas pelos atores do setor atinentes à falta de efetivação do direito de passagem ou do tráfego mútuo se resolvam sem a construção de um ambiente regulatório necessário para tal. Afigura-se pouco crível que o simples oferecimento de esclarecimentos por parte da ANTT, em relação a sua atuação futura, induzirá a criação de um ambiente de disputa com ampla concorrência, no qual todos os potenciais interessados tenham segurança jurídica suficiente para ofertar os seus lances. A mera sinalização de que a questão será tratada no futuro, em vez de proporcionar segurança, confirma a falta de segurança para todos os

possíveis interessados, com exceção da VLI e da Rumo, que já contam com situação resolvida em relação a esse quesito.

A efetivação ou não do direito de passagem não é um problema teórico. Esse direito depende das condições operacionais concretas da regulação estatal, o que ainda não ocorre. As estatísticas atuais de direito de passagem parecem indicar o contrário, mas não refletem a realidade do problema existente. A uma, porque grande parte do direito de passagem hoje operacional se dá entre empresas do mesmo grupo. A carga da Malha Norte operada pela Rumo trafega em regime de direito de passagem ou de tráfego mútuo pela Malha Paulista, controlada pelo mesmo grupo econômico. O mesmo ocorre com a carga da VLI ao trafegar pela Estrada de Ferro Carajás. Apenas os pequenos trechos da MRS para acesso ao Porto de Santos e da Malha Nordeste para acesso ao Porto de Itaquí oferecem realmente uma solução de direito de passagem efetiva e operacional, resultado do esforço da agência reguladora, mas também de acordo entre as empresas envolvidas.

Ao tratar das condições operacionais para a realização do direito de passagem, no acima referido caderno de perguntas e respostas, a ANTT informa que:

‘as diretrizes empregadas para a realização do Direito de Passagem estão descritas na Nota Técnica 9 (exercício_do_compartilhamento_da_infraestrutura_da_malha_ferrovária) e nos anexos dos Termos Aditivos propostos aos contratos existentes. Estas diretrizes abrangem dois aspectos (i) técnicos: soluções relativas à equipagem e habilitação, parâmetros técnicos de material rodante, sinalização e comunicações e desempenho operacional; (ii) comerciais: quantidade de faixas para compartilhamento, tarifa do compartilhamento e cláusula de demanda firme (take-or-pay).’

São perceptíveis, portanto, novos esforços da agência em definir melhor a operacionalidade futura do direito de passagem, todavia, esse empenho ainda se encontra ao nível de notas técnicas e minutas de termos aditivos.

Por outro lado, sob a ótica da denominada função regulatória estatal, a garantia do cumprimento dos contratos, em especial, do direito de passagem, vai bem além da compatibilização de equipamentos rodantes, sistemas de sinalização ou mesmo acordos comerciais prévios. É necessário que o Estado esteja estruturado para acompanhar e dirimir com agilidade os inexoráveis conflitos entre as partes, em todos os contratos de concessão de ferrovias.

É essencial, portanto, que haja certeza em relação à capacidade operacional da ANTT em efetivar a regulação dos contratos.

Vale rever o alerta trazido na instrução precedente:

‘257. Além da compatibilização dos equipamentos e dos sistemas de sinalização, o regulador se preocupou com a possibilidade de que a subconcessionária priorize o movimento das suas composições em detrimento dos demais interessados, motivo pelo qual incluiu o item 9.6 na minuta de contrato. Esse item está alinhado com o interesse público em disponibilizar amplo acesso às malhas adjacentes de forma a propiciar a interoperabilidade do setor ferroviário.

258. Essa medida é complementar às medidas a serem adotadas visando a garantir o direito de passagem dos operadores ferroviários autorizados a explorar o serviço de transporte de cargas ferroviário, contudo **não há indicação se a ANTT está estruturada para realizar esse acompanhamento e quais informações são necessárias para que o órgão regulador promova a fiscalização dessa cláusula contratual.**

259. Verifica-se que essa preocupação deve se estender aos demais contratos de concessão vigentes e aos que virão a ser licitados, pois com a atuação tempestiva e efetiva da Agência, esse dispositivo poderá contribuir para a interoperabilidade do setor ferroviário brasileiro’. (grifou-se)

Frise-se que o estabelecimento de tarifas-teto não soluciona totalmente o problema da regulação, embora o amenize. No regime monopolista que hoje vigora, o acesso ferroviário aos portos ou o transporte ferroviário doméstico dependem em grande parte da regulação quanto aos parâmetros técnicos de material rodante, reserva obrigatória de capacidade operacional nas atuais concessionárias ferroviárias, sinalização e desempenho operacional, bem como de questões

comerciais relacionadas à quantidade de faixas para compartilhamento, tarifa do compartilhamento e mediação ou arbitragem para o cumprimento das cláusulas contratuais.

Mesmo em países com histórico de boa regulação estatal, há sempre o risco de a assimetria de informação entre a concessionária e o regulador prejudicar o interesse público.

Com a atual incerteza acerca da capacidade operacional da ANTT para regular o direito de passagem, mostra-se temerária a publicação de um edital de tal envergadura sem uma solução que ofereça segurança para os trinta anos do contrato. Não se faz aqui nenhuma crítica à capacidade técnica dos atuais quadros da ANTT, muito pelo contrário. O que se quer apontar é a insuficiência de estrutura para fazer face às diversas competências atribuídas por lei à ANTT.

Por esse motivo, impõe-se 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.

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).

Com efeito, não existe direito de passagem sem reserva de capacidade operacional. Ocorre, porém, que essa reserva de capacidade operacional só foi estabelecida para os primeiros 5 anos da subconcessão (de 2018 a 2022), conforme se verifica, por exemplo, do item 8 do Anexo ao Termo Aditivo 3, a ser celebrado com a FNS S/A (subconcessionária do Tramo Norte da FNS), a seguir reproduzido (peça 59, p. 6):

‘8. Será garantido à **Subconcessionária**, nos 5 (cinco) primeiros anos, os volumes indicados na Tabela, devendo a **FNS** e a **Subconcessionária**, pactuarem no COE, os demais requisitos operacionais.

Tabela 1: Volumes assegurados

Descrição	Unidade	2018	2019	2020	2021	2022
Direito de passagem da FNSTC na malha da FNSTN	TU 106	0,44	0,60	0,77	0,98	1,19
Pares de trens/dia	Unid	0,19	0,25	0,33	0,41	0,50

(...)

Portanto, não há nenhuma garantia, nos aditivos a serem firmados, de que, após o primeiro quinquênio, a subconcessionária poderá passar com seus trens pelas ferrovias adjacentes, o que evidentemente afasta possíveis interessados.

Esse fato foi apontado pela unidade técnica como uma fragilidade na opção regulatória adotada pela ANTT para o direito de passagem a ser exercido pela futura subconcessionária da FNSTC.

Não obstante tal fragilidade, a unidade técnica optou por não propor recomendação ou determinação, sob o argumento de que a ANTT terá a oportunidade de tratar da questão na análise dos pleitos de prorrogação antecipada das concessionárias RMP, EFC e MRS (peça 85, item 237).

Ao ver do Ministério Público de Contas, a falta de garantia de capacidade operacional para o exercício do direito de passagem após o primeiro quinquênio da subconcessão traz evidente insegurança jurídica para os interessados no certame. Afinal, como poderão balizar suas propostas, se não sabem quais serão as efetivas condições para o transporte nas ferrovias adjacentes durante a maior parte da vigência contratual? Não se mostra razoável que tais condições fiquem a depender dos termos de eventuais e incertas prorrogações antecipadas dos contratos de concessão de algumas das ferrovias adjacentes.

É necessário que os termos aditivos com as concessionárias que serão visitadas pelos trens da

subconcessionária em regime de direito de passagem abrangem todo o período contratual de que ainda dispõem. Assim, mesmo que não venha a ocorrer a prorrogação contratual antecipada de uma ou de todas elas, o direito de passagem da subconcessionária estará assegurado pelo prazo de duração dos contratos em vigor, cabendo ser adequadamente regulado para o prazo remanescente do contrato da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central. Para esse prazo remanescente, ou haverá novas concessionárias selecionadas já com regras claras de direito de passagem, ou as atuais concessionárias que obtiverem prorrogação de seus contratos terão pactuado já as novas regras para garantir o direito de passagem para todo o período de subconcessão da Norte-Sul Tramo Central.

Ainda sobre o direito de passagem, faz-se necessário examinar o tratamento dado pela atual proposta aos fluxos de carga não dirigidos ao comércio exterior.

As minutas de termos aditivos aos contratos de concessão/subconcessão das ferrovias FNSTN, EFC, FTL, RMP e MRS elaboradas pela ANTT contemplam as condições (tarifa-teto e diretrizes operacionais) para o exercício do direito de passagem por parte da futura subconcessionária da FNSTC apenas no tocante à carga que tenha como origem ou destino final os portos de Itaqui/MA e Santos/SP (peça 80, pp. 4, 24, 42 e 62, e peça 59, pp. 2/6 e 10), ou seja, carga voltada ao comércio exterior (importação/exportação).

Desse modo, permanecerão sem definição as condições para o exercício do direito de passagem quando a carga captada pela futura subconcessionária tiver origem ou destino ao longo das malhas ferroviárias adjacentes, isto é, quando se tratar de demanda doméstica. Nesse caso, as tarifas de direito de passagem serão objeto de negociação entre as partes, conforme o regramento contido na Resolução ANTT 3.695/2011, que, na ausência de uma atuação mais firme da agência reguladora, tem se mostrado insuficiente para garantir o efetivo exercício do direito de passagem pelas concessionárias de ferrovias, como visto acima. Se a negociação entre as partes resta frustrada, se se chega a um impasse, o direito de passagem simplesmente não acontece, não pode ser exercido. Isso dá poder à concessionária monopolista de inviabilizar um direito previsto em lei e em regulamento, o que piora a eficiência econômica do modal, pois impede qualquer tipo de concorrência intramodal.

A falta de definição de uma tarifa máxima para o direito de passagem no caso de demanda doméstica é um problema central, principalmente quando se tem em vista a previsão de que, no período de 2019 a 2028, mais de 53% da carga transportada pela FNSTC no sentido norte (passando pela FNSTN) não passará pela FTL, ou seja, **não terá como destino o Porto de Itaqui/MA** (cf. Tabela 12 à peça 85, p. 39). No sentido sul, nos dois primeiros anos da subconcessão (2019 e 2020), **a carga que não passará pela MRS, não se destinando, pois, ao Porto de Santos/SP, deverá ser superior a 80% da carga da FNSTC transportada ao longo da Rumo Malha Paulista** (cf. Tabela 13, à peça 85, pp. 39/40).

A importância da demanda doméstica para a subconcessão em exame foi realçada no Caderno de Demanda da Ferrovia Norte-Sul - Trecho Porto Nacional/TO - Estrela D'Oeste/SP, como se verifica do seguinte excerto do referido documento (peça 70, p. 59, grifou-se):

‘O fato de seu traçado previsto ser no sentido longitudinal (norte-sul) implica que **o trecho deve ser caracterizado pelo transporte de cargas domésticas**, ligando regiões economicamente desenvolvidas, com significativa participação da indústria e grandes centros consumidores, principalmente quando consideradas as conexões com a malha ferroviária existente. Assim, **durante todo o horizonte de estudo, as cargas de mercado doméstico configuram como principal tipo de fluxo potencial a ser movimentado na ferrovia**, seguido das exportações. Já as importações devem ter menor representatividade na demanda alocada, conforme apresentado na Figura 20. Ressalta-se, entretanto, que as exportações/importações ganham participação relativa, de 18% em 2020 para 50% em 2055, enquanto que a representatividade das cargas relativas ao mercado doméstico cai de 82% para 50%.’

O gráfico abaixo, extraído do citado Caderno de Demanda, também deixa evidente a importância do mercado doméstico para a subconcessão (peça 70, p. 60):

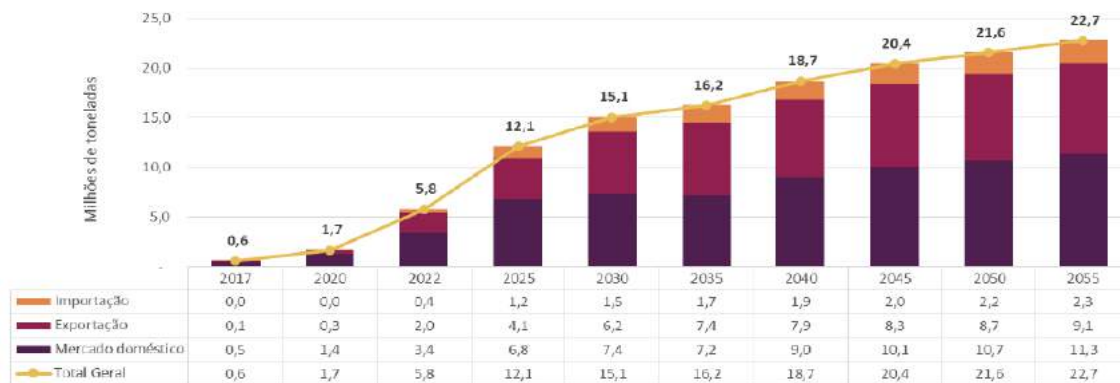


Figura 20: De manda alocada na FNS, por tipo de fluxo (2017-2055), em milhões de toneladas. Elaboração: LabTrans/UFSC (2018)

Assim, dada a relevância do mercado doméstico para a subconcessão da FNSTC, não é aceitável que a ANTT fixe apenas as condições comerciais e operacionais do direito de passagem envolvendo os fluxos de cargas destinados ao comércio internacional e não assegure, **desde logo**, o direito de passagem da futura subconcessionária quando se tratar de carga voltada ao mercado doméstico.

A ausência de definição de **tarifa-teto do direito de passagem** e de **reserva de capacidade operacional** para a carga doméstica da FNSTC traz prejuízos evidentes à competitividade e à economicidade do leilão da subconcessão, pois o cenário de acentuada incerteza quanto às condições que constarão dos Contratos Operacionais Específicos (COEs) a serem ou não celebrados pela futura subconcessionária com cada uma das concessionárias das ferrovias adjacentes (art. 6º da Resolução ANTT 3.695/2011) contribui de forma decisiva para reduzir a atratividade do certame por parte de potenciais interessados ou para reduzir o valor da outorga.

A unidade técnica, ciente desse problema, propôs recomendação à ANTT *‘para que avalie, previamente à publicação do edital da Ferrovia Norte Sul - Tramo Central, o impacto às condições isonômicas de precificação e de lance entre os potenciais licitantes, com relação à existência de parcela de fluxos de carga doméstica a serem transportadas em regime de direito de passagem que não foram consideradas nas minutas de termos aditivos aos contratos das ferrovias adjacentes e, caso verifique prejuízo à competitividade do certame, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias’* (peça 85, p. 40).

Ao ver do Ministério Público de Contas, o prejuízo à competitividade do certame é evidente e grave, de modo que, em vez de recomendação para que a ANTT avalie esse prejuízo, deve-se, desde logo, expedir **determinação à agência reguladora, para que, previamente à publicação do edital da subconcessão da Ferrovia Norte Sul - Tramo Central, 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.**

2. Limite de Dispersão Tarifária

No que diz respeito à metodologia de cálculo do Limite de Dispersão Tarifária prevista na minuta do contrato, no entendimento da unidade técnica, esta tende a, no longo prazo, engessar a tabela de tarifa de transporte, com possível desestímulo à eficiência do transporte ferroviário.

A ANTT, no tocante ao transporte ferroviário, é competente para regular e coordenar a atuação dos concessionários no sistema, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes (art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001). Essa prerrogativa legal tem a função de dar concretude aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade, inibindo discriminações e favorecimentos.

Em vista disso, em linha de concordância com a unidade técnica, entende-se cabível expedir **determinação à ANTT no intuito de induzir a referida autarquia a efetuar a devida análise**

técnica e de definir a forma ou as formas mais adequadas de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, a fim de inibir discriminações e favorecimentos indevidos, mas preservando o princípio da eficiência.

3. Riscos de Engenharia

a) Obras da subconcessionária anteriores à operação

De acordo com a minuta de contrato, a subconcessionária deve concluir as obras dos Lotes 4S, 5S e 5SA e realizar a operação ferroviária da Extensão Sul, em conformidade com o projeto disponibilizado nos termos do edital, com valor estimado de R\$ 175 milhões. Esse valor reflete o saldo orçamentário dos contratos de construção sob a gestão da estatal.

b) Obras a serem concluídas pela Valec antes do início da operação do trecho

A conexão ferroviária entre o Tramo Central e a Malha Paulista depende da conclusão das obras pendentes. Essas pendências dizem respeito, em um primeiro momento, às obras inconclusas e, em segundo momento, às obras a cargo da Valec construídas em desacordo com as especificações técnicas do projeto.

No que diz respeito às obras inconclusas, que ficarão a cargo da Valec, de acordo com a unidade técnica:

‘147. Os documentos que compõem o Plano de Outorga referente à subconcessão da FNS preveem a data de entrega das obras sob responsabilidade da Valec (Lotes 1S a 3S) no dia da data de assinatura do contrato de subconcessão, conforme pode ser observado no item 3.1 (iii) da minuta de contrato (peça 65, p.11) combinado com o item 1.1 (iii) do Anexo 5 (peça 65, p. 88). O primeiro determina que o Termo de Recebimento Provisório da FNS será celebrado na mesma data de assinatura do contrato pela subconcessionária, conforme transcrito a seguir:

3. Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(...)

(iii) A Subconcessionária, na data de assinatura do Contrato, assinará também o Termo de Recebimento Provisório:

(a) com a Data de Assunção, será iniciada a contagem do prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para que a Subconcessionária reclame formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios ocultos que acometam os bens da Ferrovia cuja posse foi a ela transferida pela Interveniente Subconcedente, nos termos do Anexo 5.

148. Já o item 1.1 (iii) do Anexo 5 da minuta do contrato (peça 65, p.88) dispõe que o projeto *as built* será entregue juntamente com o Termo de Recebimento Provisório.

1.1 A Subconcessionária, a partir da assinatura do Termo de Recebimento Provisório, terá o prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para protocolar reclamação à ANTT, em razão de eventuais vícios ocultos dos bens da Ferrovia cuja posse foi a ela transferida pela Interveniente Subconcedente, em razão do Contrato de Subconcessão.

(...)

iii. É admitida a reclamação de bens que eventualmente foram entregues em desconformidade com o relatório do projeto ‘as built’ entregue juntamente com o Termo de Recebimento Provisório.’

A unidade técnica esclarece que a situação relativa ao prazo de conclusão das obras se agrava pela informação de que as obras, em especial as do lote 1SA, ainda não foram concluídas e existem pendências com alto risco de comprometer a sua entrega no prazo esperado.

Adverte, ainda, que, sem a conclusão desse lote, não haverá conexão ferroviária entre o Tramo

Central e a Malha Paulista.

Com esse entendimento, a SeinfraPortoFerrovia propôs determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS sem adotar uma data limite para a conclusão das obras pela Valec, considerando as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária providenciar as devidas medidas preparatórias para o início da operação.

No que diz respeito às obras construídas pela Valec em desconformidade com as especificações técnicas do projeto, essas dizem respeito à situação detectada pelo próprio TCU, na qual a brita usada pelas empreiteiras contratadas da Valec estava com qualidade inferior àquela especificada nos projetos, o que ocorreu em três lotes. O valor dessas correções já foi estimado pela Valec. Todavia, conforme alerta trazido na instrução precedente, não há garantia quanto à precisão desse valor, que pode sofrer alteração pela necessidade de troca dos trilhos e dormentes, com desmontagem e remontagem da superestrutura.

A opção trazida na minuta contratual para essas obras, conforme transcrito acima, é a de permitir à futura concessionária, dentro de um prazo de 365 dias da data da assunção, reclamar de todos os defeitos que encontrar nos bens da ferrovia que lhe forem entregues. Também o item 27.2, (h), que trata de alocação de riscos, atribui expressamente ao poder concedente a responsabilidade pelos riscos referentes a *‘defeitos em quaisquer obras realizadas pelo Poder Público na Ferrovia ou em qualquer ligação a ele.’*

A proposta de subconcessão do direito de exploração do trecho da EF-151 nesses termos maximiza os problemas decorrentes da assimetria de informação, a saber, a seleção adversa e o risco moral. Tanto afasta potenciais interessados na disputa quanto coloca em risco o pagamento de outorga, decorrente dos pedidos de reequilíbrio da subconcessionária, por atraso na entrega das obras a cargo da Valec ou deficiências nas obras entregues por essa estatal.

Tratando da fase anterior à licitação, verifica-se que o trecho da FNS compreendido entre Açailândia/MA e Palmas/TO, com 720 quilômetros, denominado de ‘Tramo Norte’, é controlado pela VLI Multimodal S.A., subsidiária integral da VLI S.A. Além disso, embora com pouca utilização, conforme a declaração de rede, tem-se notícias de que, desde 2015, essa empresa opera em subtrechos ferroviários que fazem parte do objeto da atual proposta de subconcessão, ou seja, de Anápolis/GO até o Porto Nacional/TO (peça 94, disponível em <http://valec.gov.br/noticias/136-ultimo-carregamento-de-farelo-chega-hoje-ao-porto> - com acesso em 24/8/2018 17:20).

No mesmo sentido, há o vídeo demonstrando a saída de 4 locomotivas do Pátio de Anápolis, sob a operação da VLI, rumo ao norte do país:

<http://valec.gov.br/noticias/127-assista-ao-video-da-saida-de-4-locomotivas-do-patio-de-anapolis>

Isso ocorre por meio de operações comerciais na ferrovia autorizadas pela ANTT em fevereiro de 2015. Os contratos entre cliente e operador ferroviário foram efetivados no mesmo ano.

O transporte ferroviário está sendo feito pela VLI, por meio de um contrato com a Valec de venda de direito de passagem no trecho da Ferrovia Norte Sul, compreendido entre Porto Nacional (TO) e Anápolis (GO), em plenas condições operacionais e com licenças de operação concedidas pela ANTT e IBAMA, o que revela a existência, no momento atual, de relevante assimetria de informação, fazendo com que a VLI conheça melhor do que os demais interessados os passivos ambientais e as obras já concluídas. Daí a necessidade imperiosa, para se garantir a competitividade do certame em igualdade de condições, do prazo mínimo proposto de 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.

Os links abaixo demonstram como ocorre a operação e quais foram as cargas transportadas no referido subtrecho do Tramo Central da FNS, alcançando a cidade de Anápolis/GO:

<http://www.valec.gov.br/noticias/582-video-reve-la-como-e-feito-transporte-na-fns>

<http://www.valec.gov.br/noticias/456-ferrovia-norte-sul-em-operacao-1>

<http://www.valec.gov.br/noticias/567-valec-opera-transporte-de-trilhos-pe-la-fns>

<http://www.valec.gov.br/noticias/557-valec-realiza-dois-novos-transportes-trilho-e-manganes>

<http://www.valec.gov.br/noticias/122-ferrovia-norte-sul-inicia-transporte-de-locomotivas>

Evidentemente, as decisões do mercado no mundo real são feitas com informação incompleta e essa realidade, relativa ao conhecimento imperfeito nas transações, não é uma falha de mercado por si. O problema emerge quando o comprador potencial, ou o vendedor potencial, tem uma informação importante para a transação que a outra parte não tem, derivando daí as falhas regulatórias denominadas de ‘seleção adversa’ e de ‘risco moral’, caracterizados, respectivamente quando os potenciais ‘compradores’ selecionam de maneira incorreta determinados bens e quando é impossível a uma das partes monitorar adequadamente as ações inadequadas da outra, após o contrato.

Em relação ao possível risco de diminuição do pagamento de outorga, verifica-se que, na data de assinatura do contrato, a subconcessionária assinará apenas o Termo de Recebimento Provisório. Haverá a possibilidade de a vencedora reclamar formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios ocultos que acometam os bens da subconcessão, em um contexto certamente marcado pela assimetria de informação entre a contratada e a referida agência.

Ressalta-se que os conflitos de interesse entre poder concedente e subconcessionária não são uma questão teórica. No âmbito do TC 033.220/2012-3, entre os achados da auditoria sobre o trecho controlado pela VLI (Tramo Norte), foi identificado o ‘Descumprimento de Cláusulas de Subconcessão’, desdobrando-se em prejuízos para a União devido a: a) transferência irregular de obrigações à Valec; b) prejuízo ao erário; c) prejuízo ao meio ambiente; e d) prejuízos à prestação do serviço público adequado (item 72 do Relatório de Acompanhamento).

Convém transcrever o excerto do relatório, no que diz respeito à transferência irregular de obrigações da subconcessionária para a estatal Valec:

‘a) Transferência irregular de obrigações à Valec

73. A Vale, ao participar da concorrência do Edital 1/2006, peça 12, tinha conhecimento das pendências existentes e elencadas no Anexo VII do Contrato de Subconcessão do trecho I e assumidos pela Valec. Como consequência, a Vale sabia que eventuais passivos existentes, além daqueles do Anexo VII, seriam de responsabilidade da vencedora do certame, no caso a FNS S/A, empresa constituída pela Vale em atendimento ao referido edital. Portanto, imputar obrigações, não constantes do Anexo VII do contrato, referentes ao trecho I à Valec seria irregular.

74. Quanto aos 88 itens relativos ao passivo ambiental, cujas responsabilidades devem ser repartidas entre a Valec e a Vale, também se verifica a tentativa da Vale em atribuir a quase totalidade (87) dos passivos ambientais à Valec. Por outro lado, **a Valec não demonstra defender efetivamente seus interesses.**

75. Com relação à retirada de invasores da faixa de domínio do trecho I, o contrato de subconcessão é claro ao estabelecer responsabilidade solidária entre a Valec e a FNS S/A. Esse encargo não deve recair apenas sobre a Valec.

76. Quanto aos Trechos I-A e II, os termos de entrega e recebimento dos trechos continuam anexos com listagem de obras a serem executadas pela Valec para correção de falhas de construção e de passivos ambientais. Dessa forma, não cabe discutir outros passivos identificados, após celebrados os citados termos e não constantes dos respectivos anexos.

77. Para o Trecho III da subconcessão, a situação é mais complicada, pois, passados dois anos da operação da via pela FNS S/A, ainda não se tem um relatório formal de inspeção dos passivos presentes no trecho, nem sequer as obras foram recebidas pela Valec da construtora. A preocupação e o acompanhamento deste Tribunal devem ser ainda maiores sobre as negociações de responsabilidades desse trecho.’ (grifou-se)

Diante do evidente risco de atraso na entrega das obras por parte da Valec, de forma semelhante ao constatado no relatório precedente ao Acórdão 1.103/2013-Plenário (experiência de subconcessão

do Tramo Norte), no qual verificou-se que, convém frisar, a '*Valec não demonstra defender efetivamente seus interesses*', a fórmula proposta pela ANTT, além de não mitigar o risco moral, acaba reforçando o direito da futura subconcessionária em buscar reequilíbrio do contrato, reequilíbrio este, redundante dizer, sempre a favor da subconcessionária.

Mais uma vez, não parece coerente com o princípio da eficiência submeter o erário ao risco de haver pedidos de reequilíbrio ou indenizações para a contratada decorrentes dos eventuais atrasos da Valec em concluir as obras, somente para promover ainda no curso do atual mandato presidencial, isto é, ainda no atual governo, a subconcessão de um trecho não operacional e que somente poderá operar após a conclusão dessas obras. Isso simplesmente não faz sentido.

Assim, a opção correta para evitar esse risco e o total controle informacional por parte da subconcessionária em relação às obras é transferir a ela, desde a assinatura do contrato, a obrigação de aceitar as obras porventura já prontas e concluir ela mesma as pendências de engenharia, alocando os riscos de forma mais coerente com o princípio da eficiência. Portanto, a subconcessionária deverá sub-rogar-se, como contratante, nos contratos de empreitada em vigor firmados pela Valec. Para que isso seja possível, é fundamental que o prazo mínimo de 180 dias proposto pelo Ministério Público de Contas seja observado para que os licitantes possam se inteirar das questões fático-jurídicas envolvendo todas as obras inacabadas, procedendo inclusive à inspeção física do estado atual das obras e de sua qualidade.

Propõe-se, assim, **determinar à ANTT que 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, excetuando-se os comprovadamente ocultos na data da assunção, 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 §2º do art. 26 da Lei 8.987/1995.**

Com relação aos vícios comprovadamente ocultos, entende-se adequada a fórmula expressa na minuta de edital que estabelece, da data de assunção, um prazo de 365 dias para que a subconcessionária reclame formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios realmente ocultos que acometam os bens da ferrovia cuja posse seja a ela transferida pela interveniente subconcedente.

A conformação do objeto a ser subconcedido por meio de licitação a ser definida pelo poder concedente não pode se dar em prejuízo da competitividade do certame e da boa execução contratual posterior. Conformar o objeto com tantas incertezas que somente duas ou uma empresa tenha interesse pelo objeto viola o dever jurídico de promover a mais ampla competição possível para dar concretude ao princípio da isonomia e da busca da melhor proposta. No caso concreto, a atribuição de responsabilidade pela conclusão de parte das obras remanescentes à Valec afeta concretamente a perspectiva de interligação do Tramo Central com a Malha Paulista, porquanto torna incerto o momento em que se dará essa interligação. Acresce-se a isso outra incerteza: a qualidade da obra a ser executada pela Valec e recebida pela subconcessionária, que poderá ser objeto de conflito entre ambas. Essas duas incertezas, especialmente a que se refere ao momento de interligação com a Malha Paulista, conjugada com as incertezas presentes no quesito direito de passagem, tornam o edital extremamente mais atraente para a empresa VLI do que para qualquer outra potencial interessada. Com efeito, para a empresa VLI, e apenas para ela, a interligação com a Malha Paulista é uma questão secundária, uma vez que ela já dispõe de uma saída pelo norte que independe de uma forte regulação do direito de passagem.

Por seu caráter restritivo da competição, a solução delineada na minuta de contrato da subconcessão (peça 65) não pode ser considerada como adequada para a conclusão de tais remanescentes de obra. Os elementos objetivos contidos nos autos apontam no sentido de que a atribuição à Valec da responsabilidade pela conclusão de obras de significativa dimensão configura fator gerador de incerteza, que compromete a possibilidade de competição no leilão.

Basta, para tanto, verificar a experiência mapeada pelo Tribunal, ao deliberar sobre auditoria realizadas em obras de construção da Ferrovia Norte-Sul (FNS), sob a responsabilidade da Valec

(Acórdão 1.103/2013 - Plenário). Os problemas identificados são de várias ordens e de elevada gravidade, a revelar que deve ser atribuída à futura subconcessionária a conclusão de todas as obras, porquanto assim poderá ela tomar conhecimento prévio da situação atual, estabelecer cronograma de execução, orçar e precificar sua proposta no leilão com razoável grau de certeza sobre quando poderá ela dispor da interligação com a Malha Paulista. Essa solução elimina também o risco de a subconcessionária ter motivos para reclamar de eventual má qualidade das obras, já que ela mesma será responsável por elas. Daí a pertinência da determinação ora proposta pelo Ministério Público de Contas.

4. Passivos Ambientais

A unidade técnica destacou o balizamento contido na minuta de contrato de subconcessão da exploração da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (peça 65) acerca dos passivos ambientais e dos encargos relacionados à desocupação das áreas de domínio e propôs a expedição de recomendação à ANTT, conforme revela o seguinte trecho do referido relatório:

‘281. Especificamente quanto à questão ambiental e à invasão de faixa de domínio, percebe-se que a Agência indicou nos subitens 5.1.v e 5.2.iii da minuta contratual que as áreas e imóveis localizados na faixa de domínio, cuja situação fundiária esteja irregular na data de assunção e/ou sejam objeto de processos judiciais de desapropriação em andamento, bem como as ocupações na faixa de domínio anteriores à data de assunção são de responsabilidade da Interveniente subconcedente (Valec).

282. Nesse mesmo sentido, o item 12.2.h prevê como encargo da Interveniente subconcedente, a responsabilização pelos passivos ambientais e ocupações da faixa de domínio cujo fato gerador seja anterior à data de assunção. Complementa-se que o item 12.3.ee impõe como responsabilidade da Interveniente subconcedente a regularização, assim como o ônus e as despesas relacionadas, dos passivos ambientais preexistentes à transferência da subconcessão.

283. Ocorre que o item 3.1.ix da minuta do contrato dispõe que tanto os passivos ambientais quanto as invasões da faixa de domínio serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro:

3 Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(...)

(ix) Os passivos ambientais e invasões na faixa de domínio anteriores à Data de Assunção e assim identificados serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

284. Dessa forma, a leitura fria do item 3.1.ix contraria os demais dispositivos contratuais mencionados, ao prever o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões na faixa de domínio, inclusive aqueles anteriores à data de assunção, enquanto outros itens da minuta impõem à Interveniente subconcedente a responsabilidade pela correção.

285. Caso o texto da minuta de contrato permaneça como está e seja identificado algum passivo ambiental ou invasão da faixa de domínio anterior à data de assunção da subconcessionária, poderá haver a obrigação da Interveniente subconcedente regularizar a situação, arcando com todas as despesas, ao mesmo tempo em que a subconcessionária fará jus a um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

286. Ante o exposto, propõe-se recomendar à ANTT que adeque o item 3.1 (ix) da minuta de contrato com os itens 5.1 (v), 5.2 (iii), 12.2 (h), 12.3 (ee), de forma a deixar claro a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio, anteriores à data de assunção da subconcessionária, caso a Interveniente subconcedente não cumpra com as suas obrigações contratuais.’ (grifos originais)

Com as vênias de estilo, o Ministério Público de Contas entende que a responsabilidade da subconcessionária relacionada aos passivos ambientais deve ser integral, ou seja, deve alcançar tanto aqueles resultantes de fatos geradores ocorridos anteriormente à data de assunção da subconcessão, como os resultantes de fatos que vierem a ocorrer a partir de então e até a conclusão do contrato. Explica-se.

A alocação de riscos na conformação de projetos de concessão é norteadada por dois princípios fundamentais: a) a clareza e a objetividade na atribuição de responsabilidades a cada parte envolvida; b) a atribuição de responsabilidade pela assunção do respectivo risco a quem detenha mais condições de mensurar os seus impactos e maior capacidade de gerenciá-los.

A solução dos passivos ambientais está diretamente associada à execução do objeto a ser subconcedido. A solução delineada na minuta de edital e contrato é certeza de geração de conflitos na execução contratual. Já a assunção integral dessa responsabilidade pela subconcessionária mitiga consideravelmente os elementos de incerteza sobre a execução contratual, porquanto elimina possibilidades de discussão sobre o momento em que surgiu tal ou qual passivo, a exemplo de uma voçoroca à margem da ferrovia. Muito mais eficiente e seguro é que as possíveis interessadas inspecionem toda a linha e identifiquem todos os passivos já existentes para planejar e orçar sua correção, incorporando em suas propostas a precificação adequada. Assim, não haverá dúvidas sobre a responsabilidade acerca de todo e qualquer passivo ambiental. Para isso, contudo, é fundamental que as interessadas disponham de prazo mínimo razoável para essa inspeção e precificação. Daí novamente a necessidade de prazo mínimo de 180 dias para apresentação das propostas a partir da publicação do edital.

Veja-se que o Caderno de Meio Ambiente da subconcessão, de junho/2017, elaborado pela ANTT para subsidiar a Audiência Pública 7/2017 (peça 74 deste processo), menciona que a Valec encaminhou o Relatório ‘Controle de Ocorrências Ambientais’ (lista de ocorrências ambientais causadas até março/2017) e que a ANTT, após análise da área técnica da agência, verificou que todas as ocorrências mencionadas são referentes à manutenção ou à conclusão de obras, conforme ‘Planilha de Análise de Ocorrências Ambientais’.

Ao transferir para a vencedora do certame a totalidade dos passivos ambientais, o Poder Público impõe à subconcessionária a responsabilidade de mensurar e de precificar prévia e adequadamente todos os riscos associados a esses passivos. Passa a ser da subconcessionária a responsabilidade total, de modo que a contratada não poderá, futuramente, alegar eventual desequilíbrio econômico-financeiro em razão de fato gerador que porventura tenha dado causa a algum passivo ambiental, o que é coerente com a diretriz de reduzir incertezas sobre a execução contratual para com isso atrair interessados para uma competição efetiva.

A experiência revela e o TCU, a ANTT, as concessionárias e as subconcessionárias, enfim, todos sabem que passivos ambientais são fonte completamente indesejada de eternas discussões acerca dos direitos e das obrigações de cada parte contratual. Não faz sentido abrir espaço para esse tipo de incerteza.

A esse respeito, segue excerto da instrução da então Secretaria de Fiscalização de Obras Portuárias, Hídricas e Ferroviárias - Secob, de fevereiro/2013, nos autos do TC 033.220/2012-3 (Levantamentos de Auditoria pelos quais se buscou verificar a qualidade da Construção da Ferrovia Norte-Sul Tramo Norte e a consecução dos objetivos operacionais estabelecidos para o empreendimento, peça 51 do TC 033.220/2012-3):

‘53. Estabelecidas as responsabilidades contratuais, verificaram-se discussões entre Valec (concessionária da malha e subconcedente a partir de 2007), Vale (operadora da malha desde a construção à subconcessão) e FNS S/A subsidiária da Vale e subconcessionária, a partir de dezembro de 2007) quanto às obrigações de correção dos passivos ambientais citados e outros mais identificados após vigente a subconcessão.

54. Até o momento em que esta instrução é redigida não há, entre Valec, FNS S/A e Vale, consenso sobre as responsabilidades de cada empresa. Adicionalmente aos levantamentos anteriores, em 2012 foi realizada nova inspeção pela FNS S/A e Valec na qual se identificaram

outros 53 pontos para os quais se devem definir a responsabilidade pela correção.

55. Além disso, durante as negociações entre as partes, constatou-se que as partes não chegaram à definição do que seria a condição inicial do trecho construído para que a Vale devolva o trecho I 'nas condições de projeto', em decorrência de falta de documentação técnica suficiente e pela antiguidade da obra (construída nos anos 1980 e 1990). Ademais, verificou-se que o projeto *as built* (registro do que efetivamente foi construído incluindo as modificações em relação ao projeto executivo e respectivas justificativas) apresentava divergências em relação ao projeto original - ausência de elementos de drenagem e serviços de proteção vegetal para taludes de corte e aterro - e não representava fielmente as obras executadas, contribuindo para o impasse sobre as responsabilidades.

56. Sobre a verificação do cumprimento das obrigações da Vale de manter o trecho I e de corrigir passivos ambientais ao término do Contrato 26/2005, peça 11, a Valec informou ter incluído no Contrato 33/2007 a necessidade de discutir com a Vale as origens e responsabilidades de cada um dos passivos, como estabelecido no item 10.2, XXII, do referido contrato.

(...)

73. A Vale, ao participar da concorrência do Edital 1/2006, peça 12, tinha conhecimento das pendências existentes e elencadas no Anexo VII do Contrato de Subconcessão do trecho I e assumidos pela Valec. Como consequência, a Vale sabia que eventuais passivos existentes, além daqueles do Anexo VII, seriam de responsabilidade da vencedora do certame, no caso a FNS S/A, empresa constituída pela Vale em atendimento ao referido edital. Portanto, imputar obrigações, não constantes do Anexo VII do contrato, referentes ao trecho I à Valec seria irregular.

74. Quanto aos 88 itens relativos ao passivo ambiental, cujas responsabilidades devem ser repartidas entre a Valec e a Vale, também se verifica a tentativa da Vale em atribuir a quase totalidade (87) dos passivos ambientais à Valec. Por outro lado, a Valec não demonstra defender efetivamente seus interesses.

(...)

76. Quanto aos Trechos I-A e II, os Termos de entrega e recebimento dos trechos continham anexos com listagem de obras a serem executadas pela Valec para correção de falhas de construção e de passivos ambientais. Dessa forma, não cabe discutir outros passivos identificados, após celebrados os citados Termos e não constantes dos respectivos anexos.

77. Para o Trecho III da subconcessão a situação é mais complicada, pois, passados dois anos da operação da via pela FNS S/A, ainda não se tem um relatório formal de inspeção dos passivos presentes no trecho, nem sequer as obras foram recebidas pela Valec da construtora. A preocupação e o acompanhamento deste Tribunal devem ser ainda maiores sobre as negociações de responsabilidades desse trecho.'

Cumprе lembrar, com base no pertinente alerta da então Secob (peça 51, item 97, do TC 033.220/2012-3), que passivos ambientais:

- a) causam perda de eficiência na prestação do serviço de transporte ferroviário e
- b) diminuem a competitividade do modal, geram descrédito no mercado e frustram o incremento de volume esperado a ser transportado.

No âmbito do referido processo, sobreveio o Acórdão 1.103/2013 - Plenário (TC 033.220/2012-3), no qual se tem o claro retrato da insegurança jurídica que passivos ambientais, ainda que a responsabilidade de cada partícipe esteja teoricamente prevista no instrumento contratual, podem dar causa no curso da execução dos ajustes firmados:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consolidação de onze auditorias realizadas na obra de construção da Ferrovia Norte-Sul (FNS), sob a responsabilidade da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com o objetivo de verificar se os parâmetros da via férrea construída são adequados à classe da ferrovia projetada.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, em:

9.1. determinar a oitiva da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta decisão, informe as medidas que está tomando para:

9.1.1. promover celeridade às negociações de responsabilização sobre os passivos ambientais e de engenharia da Ferrovia Norte-Sul, no âmbito do Contrato de Subconcessão 33/2007, trecho subconcessionado de Açailândia a Palmas, para solução definitiva desses, esclarecendo se foram observadas as seguintes premissas:

9.1.1.1. quanto ao Trecho I, as responsabilidades da Valec se referem somente aos passivos ambientais apontados no Anexo VII do contrato de subconcessão, sendo que quaisquer outras pendências devem ser imputadas exclusivamente à subconcessionária Ferrovia Norte-Sul S.A., e as responsabilidades sobre os 88 (oitenta e oito) passivos listados naquele anexo devem ser repartidas entre Valec e Vale, de acordo com as causas motivadoras, se de falhas construtivas a cargo da Valec ou de manutenção e operação a cargo da Vale, conforme Cláusula 10.2, inciso XXII, do contrato de subconcessão;

9.1.1.2. quanto aos Trechos I-A e II da subconcessão, as responsabilidades da Valec são exclusivamente as constantes do Anexo I do Termo de Entrega e Recebimento do Trecho I-A e dos Anexos 01 (01-A e 01-B), 02 e 05 do Termo de Entrega e Recebimento do Trecho II, sendo que quaisquer outras pendências devem ser imputadas exclusivamente à subconcessionária Ferrovia Norte-Sul S.A.;

9.1.1.3. quanto ao Trecho III, quando da elaboração do relatório para identificação dos passivos ambientais e de engenharia, haja vista estar em operação pela concessionária FNS S/A, desde 19/2/2010, comprovar efetivamente a distinção entre falhas de construção e problemas ocasionados pela operação de trens e por falhas de manutenção, de modo a balizar a alocação de responsabilidades à Valec tão somente pelas falhas de construção;

9.1.2. negociar com a subconcessionária Ferrovia Norte-Sul S.A., fundamentada em estudos técnicos e jurídicos que ponderem custos e benefícios e valores envolvidos, com interveniência da Agência Nacional de Transportes Terrestres, do Ministério dos Transportes e da Advocacia-Geral da União, por meio das respectivas procuradorias, a solução das pendências de construção e passivos ambientais de responsabilidade da Valec pelo montante não pago da outorga pela FNS, tendo como limitador das obrigações da Valec o Anexo VII do contrato de subconcessão, os termos de entrega e recebimento dos Trechos I-A e II e inspeção do Trecho III que diferenciem claramente pendências de construção de falhas de manutenção e problemas ocasionados pela operação do trecho e avalie a possibilidade de as negociações acima abarcarem a necessária divisão de responsabilidades da Valec e Vale referentes ao Anexo VII do contrato de subconcessão;'

No caso do Tramo Central, uma vez ciente dos passivos preexistentes à celebração do contrato, a subconcessionária não terá como, futuramente, alegar desconhecimento, fator surpresa ou qualquer outro fato que possa vir a desonerá-la de sua obrigação de executar o objeto nos termos estritamente pactuados e à conta do preço que a levou a sagrar-se vencedora do leilão.

O contrato a ser firmado deve ser fonte segura de estabilidade para a relação jurídica. Os direitos e as obrigações contratualmente previstos são as balizas que irão nortear a execução do objeto e, exatamente por isto, o contrato deve ser o mais claro, objetivo e transparente possível, de modo que cada partícipe saiba, desde a publicação do edital, culminando com a celebração da avença, o que lhe cabe, o que se espera dele e o que lhe poderá e deverá ser exigido.

Qualquer que seja seu perfil, o investidor busca rentabilidade para o seu capital e a absoluta clareza em relação aos riscos que terá de assumir é fator essencial para a sua tomada de decisão de entrar ou não no negócio. Nesse cenário, a transferência de todos os passivos ambientais para a subconcessionária é medida que se revela como a mais adequada para a subconcessão do Tramo Central justamente porque elimina incertezas e fontes de conflito, o que milita para a atração de interessados.

É certo que essa transferência terá impacto significativo sobre o custo do projeto, reduzindo o valor de outorga, mas esta questão é secundária, se levado em conta que a eliminação de incertezas minimiza futuros impasses contratuais e, por conseguinte, favorece a regular execução contratual e o cumprimento dos prazos pactuados.

Não se argumente que a decisão de repassar, ou não, integralmente os passivos ambientais para o licitante vencedor estaria na esfera discricionária do gestor público. Os impactos evidentes dessa decisão sobre a competitividade do certame afastam essa pretensa liberdade discricionária. Não pode o gestor optar por solução que implique redução da competitividade do certame, tendo ele disponível solução que a amplie, com evidentes vantagens também para a futura execução contratual.

Compete ao TCU velar pela efetiva competição na licitação a ser realizada, razão pela qual o Ministério Público de Contas pugna por 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 aos passivos ambientais sejam integralmente transferidas para a subconcessionária, incluídos os passivos cujos fatos geradores sejam anteriores à data de assunção do contrato.**

5. Inventário

A necessidade de inventariança dos bens é uma outra questão de alta relevância no contexto da subconcessão. Essa inventariança deve ocorrer previamente ao lançamento do edital do certame e à celebração do contrato.

Isso porque a natureza do objeto ostenta complexidade, considerando que a ferrovia compreende *'todas as instalações, obras de arte, infraestruturas, superestruturas, ramais, sistemas de sinalização, edificações e demais bens e serviços necessários à disponibilização do trecho compreendido entre Porto Nacional (TO) e Estrela D'Oeste (SP) para o transporte, conforme termos e condições do Contrato de Subconcessão e seus respectivos Anexos, e regulamentação da ANTT'* (minuta do edital, Parte II - Definições, item 'xxi', peça 66, p. 6).

A esse respeito, a minuta de contrato de subconcessão dispõe o seguinte (grifos no original):

'3 Bens da Subconcessão [peça 65, pp. 11/2]

3.1 Composição

(i) Integram a Subconcessão os bens necessários à prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas associado à exploração de infraestrutura da malha ferroviária subconcedida (Bens da Subconcessão), cuja posse, guarda, manutenção, conservação e vigilância são de responsabilidade da Subconcessionária.

(ii) Os bens integrantes da Subconcessão compreendem:

(a) todos os bens de propriedade da Subconcessionária, adquiridos e construídos para a execução do Contrato;

(b) todos os bens da Ferrovia cuja posse foi transferida pela Interveniente Subconcedente à Subconcessionária;

(c) todos os bens adquiridos, arrendados e locados de terceiros pela Subconcessionária para a execução do Contrato; e

(d) todos os bens decorrentes de investimentos realizados por Usuários na Ferrovia, em razão do objeto da Subconcessão;

(iii) A Subconcessionária, na data de assinatura do Contrato, assinará também o Termo de Recebimento Provisório.

(a) com a Data de Assunção, será iniciada a contagem do prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para que a Subconcessionária reclame formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios ocultos que acometam os bens da Ferrovia cuja posse foi a ela transferida pela Interveniente Subconcedente, nos termos do Anexo 5;

(b) ouvidas as Partes, a ANTT proferirá decisão acerca da reclamação, no prazo

estabelecido no Anexo 5, garantido o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato;

(c) o prazo estabelecido na subcláusula 3.1 (iii) (a) é improrrogável, devendo a ANTT indeferir qualquer reclamação intempestiva;

(d) a Subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato com relação às inconformidades técnicas e aos vícios ocultos reclamados fora do prazo estipulado na subcláusula 3.1 (iii) (a);

(iv) Transcorrido o prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, a Subconcessionária deverá assinar o Termo de Recebimento Definitivo dos bens vinculados à Subconcessão;

(v) na hipótese de a Subconcessionária fazer uso do direito previsto na subcláusula 3.1 (iii)(a), o Termo de Recebimento Definitivo deverá ser assinado pelas Partes após a decisão final da ANTT sobre a reclamação;

(vi) A Subconcessionária obriga-se a manter em bom estado de funcionamento, conservação e segurança, e às suas expensas, os Bens da Subconcessão, durante a vigência do Contrato de Subconcessão, efetuando as reparações, renovações e adaptações necessárias, inclusive adotando as providências cabíveis para a sua desocupação se e quando invadidos por terceiros;

(vii) A Subconcessionária obriga-se, no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contados a partir da Data de Assunção, a realizar o inventário dos Bens da Subconcessão e a mantê-lo devidamente atualizado, disponibilizando acesso permanente e ininterrupto à ANTT;

(viii) O inventário de Bens da Subconcessão previsto na subcláusula 3.1 (vii) indicará as invasões por terceiros em Bens da Subconcessão anteriores à Data de Assunção;

(ix) Os passivos ambientais e invasões na faixa de domínio anteriores à Data de Assunção e assim identificados serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

(...)'

‘12.3 Direitos e Deveres da Subconcessionária [peça 65, pp. 22/3]

(...)

(ii) Sem prejuízo de outras disposições previstas em lei, no Contrato e em seus Anexos, são deveres da Subconcessionária:

(...)

(q) realizar e manter atualizados os inventários dos Bens da Subconcessão;’

Sobre o tema, a unidade técnica ponderou o seguinte (peça 85):

‘V.1. Bens da subconcessão

251. Os bens da subconcessão são definidos no item 3 da minuta de contrato (peça 65) como os bens necessários à prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas associado à exploração de infraestrutura ferroviária, cuja posse, guarda, manutenção, conservação e vigilância são de inteira responsabilidade da subconcessionária.

252. Nessa definição, nos termos do item 3.1 (ii) da minuta de contrato, incluem-se os bens adquiridos, arrendados, locados e construídos para a execução do Contrato, aqueles cuja posse foi transferida pela Interveniante subconcedente (Valec) e todos os bens decorrentes de investimentos realizados por usuários em razão do objeto da subconcessão.

253. O item 3.1 (iii) da minuta de contrato (peça 65) indica que a transferência para a subconcessionária da malha ferroviária se dará inicialmente por meio de termo de recebimento provisório e, após o prazo de 365 dias, passará a vigor o termo de recebimento definitivo descrito no item 3.1 (iv) da minuta. A partir do termo definitivo, a subconcessionária passará a se responsabilizar pelos bens, o que inclui a manutenção prevista no caderno de obrigações.

A Análise da SeinfraPortoFerrovia ficou adstrita ao seguinte trecho:

254. Constatou-se que o processo de recebimento da malha ferroviária construída pela Valec está definido, contudo as indefinições acerca das obras remanescentes da Extensão Sul, apontadas no item 3.3.2.2 da presente instrução, podem indicar a necessidade de reequilíbrio da avença. Tais preocupações foram apontadas naquela seção do texto. Dessa forma, deixa de se propor encaminhamentos.’ (peça 85)

O contrato de subconcessão rege a outorga da subconcessão, bem como os direitos e as obrigações dela decorrentes, e, como se vê, a minuta do contrato impõe à subconcessionária a obrigação de realizar o inventário dos bens da subconcessão, o qual também deverá indicar nada menos do que as invasões por terceiros em bens da subconcessão anteriores à data de assunção (data de publicação do extrato do contrato no Diário Oficial da União).

Por imperativo lógico e econômico-financeiro, o inventário, por ser uma peça essencial, deve compor um anexo do contrato de concessão/subconcessão, ante a necessidade primordial de se ter plena ciência dos bens que integrarão a prestação do serviço.

O conhecimento prévio do acervo, entre outras funcionalidades, permitirá o controle do órgão regulador sobre toda e qualquer fonte de renda para as concessionárias/subconcessionárias e contribuirá, em reverência ao princípio da modicidade tarifária, para que eventuais ganhos venham a ser compartilhados com os usuários.

A celebração do contrato deve ser precedida, por conseguinte, de ampla publicidade acerca do acervo de bens vinculados à concessão.

A União, convém lembrar, 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.

Nessa senda, na condição de concessionária, há longa data, do trecho a ser subconcedido e de 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, cuja finalidade é zelar pelo real cumprimento dos objetivos da concessão:

‘Art. 31. Incumbe à concessionária:

(...)

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;’

O inventário físico é um instrumento de controle para a verificação dos saldos de estoques e dos equipamentos e materiais permanentes, permitindo, entre outros objetivos, o levantamento da situação dos materiais estocados e dos equipamentos e materiais permanentes em uso, incluídas as suas necessidades de manutenção e reparos, e a verificação de que determinados bens não são necessários.

Como prática de boa gestão, a administração deve inventariar e contabilizar os bens adquiridos, sob pena de distorções patrimoniais, prejuízo às ações de controle e maiores oportunidades de desvios.

No caso concreto, o estoque de bens existente, em quantidade e qualidade, na data da publicação do edital é fator que influencia a atratividade do negócio e que tem reflexo direto na equação econômico-financeira do contrato. O conhecimento desse estoque previamente ao certame permite uma melhor alocação de riscos, considerando que os bens são um ativo determinante em um contrato de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura da malha ferroviária.

A ciência antecipada acerca dos bens patrimoniais é, pois, fator importante para a tomada de decisão do particular de participar ou não da competição.

Os bens da subconcessão têm, assim, estreita relação com a prestação de serviço adequado ao

pleno atendimento dos usuários, serviço este que deve satisfazer as condições, entre outras, de regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atualidade. Somente o conhecimento das reais condições fáticas e jurídicas que formam o cenário que antecede a contratação pode dar ensejo a tratativas razoáveis e a condições justas de pactuação para o Poder Público e para a iniciativa privada.

A ausência da correta e precisa identificação dos bens e das respectivas pendências impacta, via de regra, negativamente, a estimativa dos investimentos a serem efetuados na malha ferroviária, que pode vir a ser super ou subavaliada. No caso, a questão ganha relevância em virtude da necessidade prevista na minuta do edital de o inventário englobar informações acerca da complexa questão da invasão por terceiros.

A missão de elaborar o inventário posteriormente à assinatura do contrato apresenta alto grau de assimetria de informações, com potencial risco moral e problema agente-principal.

Além de sobrecarregar a avença com o risco moral, é absolutamente ilegal e inoportuna a previsão de que o inventário seja feito apenas pela subconcessionária e que esta avalie e aponte os eventuais vícios nos bens da subconcessão, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (item 3.1, 'iii' e 'vii', da minuta do contrato). Ilegal, por ser indelegável, e inoportuna, pela ausência de independência e pela potencial presença de conflito de interesse por parte da subconcessionária, em face de seu interesse direto nas operações.

A descrição de todos os ativos a serem transferidos pela Valec à subconcessionária, a exemplo de trilhos, plataformas de embarque/desembarque, pátios de cruzamento e faixas de domínio, é medida indispensável para garantir a segurança jurídica, a isonomia, a vantajosidade da celebração do contrato ora em análise e o interesse público.

Por outro lado, uma vez feito o inventário completo dos bens da concessão por parte da subconcedente, com sua devida publicidade aos licitantes, não caberá à futura subconcessionária qualquer tipo de pleito de reequilíbrio-econômico financeiro da avença fundamentado em vícios, defeitos ou inconformidades nos referidos bens, a não ser que se trate de vícios comprovadamente ocultos, caso em que se mostra razoável o prazo previsto na minuta contratual, de 365 dias contados da data da assunção (item 3.1, 'iii', 'a', da minuta, e item 1.1 do anexo 5 à minuta contratual - peça 65, pp. 11 e 88), para que a subconcessionária exerça seu direito de reclamação perante a ANTT.

Em face dessas considerações, o Ministério Público de Contas requer ao TCU que determine à ANTT que se abstenha de publicar o edital da licitação de subconcessão sem que a interveniente subconcedente (no caso, a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.) tenha concluído a quantificação e a qualificação (estado de conservação, operação e especificações técnicas), por meio de inventário:

- a) de todos os bens da ferrovia cuja posse será transferida pela interveniente subconcedente à subconcessionária, incluídos os decorrentes de eventuais investimentos realizados por usuários;
- b) das invasões na faixa de domínio anteriores à data de assunção;
- c) das invasões por terceiros em bens da subconcessão anteriores à data de assunção.

Propõe-se, ainda, 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, exceto na hipótese de vícios comprovadamente ocultos na data da assunção, caso em que a subconcessionária poderá reclamá-los no prazo de 365 dias contados da data da assunção.

III. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se por que o Tribunal de Contas da União rejeite o primeiro estágio do processo de desestatização (art. 7º, 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), ante a ausência de:

- a) 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
- b) estudos que justifiquem a escolha de não prever, obrigar, incentivar e estabelecer metas para o transporte de passageiros na presente subconcessão.

Sucessivamente, caso não acolhida a proposição supra, o Ministério Público de Contas pugna por que o Tribunal adote a seguinte proposta de encaminhamento:

- a) cientificar a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que, na análise dos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental destinados a subsidiar a subconcessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul (EF-151), foram encontradas inconsistências e irregularidades, que devem ser ajustadas antes da publicação do edital do leilão;
- b) determinar 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 Ferro EF-151, no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO e Estrela D'Oeste/SP, denominado Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC):
 - b.1) sem adotar a antecedência mínima de 180 (cento e oitenta 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 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;
 - b.2) sem estabelecer regulamentação prévia, constituída a partir de critérios objetivos, que revele como atuará no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção ao art. 18, inciso VII, da Lei 8.987/1995;
 - b.3) sem firmar termos aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam 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 de reserva de capacidade operacional, abrangendo todo o período remanescente de cada contrato;
 - b.4) sem incluir os termos aditivos referidos no item anterior no conjunto de documentos que compõem o edital, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995 c/c art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001;
 - b.5) 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;
 - b.6) sem efetuar a devida análise técnica e definir as formas mais adequadas de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes na minuta do contrato da subconcessão, tendo em vista que a metodologia de cálculo do Limite de Dispersão Tarifária prevista na minuta do contrato tende a engessar a tabela de tarifa de transporte, com possível desestímulo à eficiência do transporte ferroviário, com base no art. 25, inciso V, da Lei 10.233/2001;
 - b.7) sem especificar, no edital de licitação e na minuta de contrato, que a subconcessionária se subrogará em todas as obrigações da subconcedente em relação às obras, concluídas ou inconclusas, inclusive quanto à obrigação de sanar eventuais vícios ou defeitos, exceto os comprovadamente ocultos (se reclamados no prazo de 365 dias da data da assunção), 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 §2º do art. 26 da Lei 8.987/1995;

- b.8) sem promover os ajustes necessários nos valores previstos de *Capex* para a conclusão do lote 4S, na modelagem econômico-financeira e nos 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;
- b.9) sem incluir informações claras a respeito dos problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, informando aos potenciais licitantes que a subconcessionária se sub-rogará em todas as obrigações da subconcedente, sem direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo que eventuais problemas relacionados à brita possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (*Opex*) ou nos valores previstos de investimentos (*Capex*), de acordo com os princípios da publicidade, da isonomia e da transparência e nos termos do § 2º do art. 26 da Lei 8.987/1995;
- b.10) sem promover os ajustes no cálculo da modelagem econômico-financeira relativos à alteração das tarifas de direito de passagem das concessionárias tanto nos custos pelo exercício do direito de passagem quanto nas receitas auferidas pela subconcessionária, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995;
- b.11) sem alterar o custo de manutenção da Licença de Operação na modelagem econômico-financeira para o valor indicado no Caderno de Meio Ambiente prévio à audiência pública, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995;
- b.12) sem promover os necessários ajustes nas minutas do edital e do contrato a fim de que todas as obrigações relativas aos passivos e condicionantes ambientais sejam sub-rogadas pela subconcessionária, inclusive o plantio compensatório e o pagamento da compensação ambiental;
- b.13) sem que a Valec tenha concluído a quantificação e a qualificação (estado de conservação, operação e especificações técnicas), por meio de inventário:
- b.13.1) de todos os bens da ferrovia cuja posse será transferida pela interveniente subconcedente à subconcessionária, incluídos os decorrentes de eventuais investimentos realizados por usuários;
- b.13.2) das invasões na faixa de domínio anteriores à data de assunção;
- b.13.3) das invasões por terceiros em bens da subconcessão anteriores à data de assunção;
- b.13.4) dos passivos ambientais, o qual terá caráter meramente informativo, tendo em vista a transferência de todas essas obrigações à subconcessionária, consoante previsão contida no subitem b.12;
- b.14) sem excluir 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 seja transferida pela subconcedente, exceto na hipótese de vícios comprovadamente ocultos na data da assunção, caso em que a subconcessionária poderá reclamá-los no prazo de 365 dias contados da data da assunção;
- b.15) sem promover os ajustes nas premissas do projeto e nas minutas de contrato e de edital indicados nos itens anteriores e recalcular o valor da outorga mínima, em atenção ao art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995;
- c) recomendar à ANTT, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:
- c.1) para futuras concessões ferroviárias, avalie, juntamente com 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;
- c.2) 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;
- c.3) além dos estudos para escolha de modelo vertical ou horizontal de exploração de cada ferrovia

e para escolha da política a ser observada para o transporte de passageiros para cada ferrovia, avalie também 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 a conveniência e a oportunidade de incluir mecanismos de revisão periódica das tarifas-teto e das demais condições operacionais estabelecidas para a operacionalização do direito de passagem;

c.4) promova a discussão dos temas Operações Acessórias e Atividades Alternativas com os interessados e avalie as possíveis alternativas da regulação setorial da prestação desses serviços;

d) enviar cópia da decisão para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, a Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos/SG/PR e a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.;

e) restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia para que prossiga no acompanhamento do presente processo de concessão, nos termos do artigo 7º, incisos II a IV, da Instrução Normativa-TCU 27/1998.”

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de primeiro estágio de acompanhamento de 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). O processo foi instruído pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) segundo o rito da Instrução Normativa-TCU 27/1998.

2. A Ferrovia Norte-Sul, cuja construção se iniciou em 1987, foi concebida com o objetivo de estabelecer conexão longitudinal entre diversos polos produtores e infraestruturas de grande capacidade de escoamento de produção, notadamente os portos de Santos/SP e Itaquí/MA, de modo a favorecer a multimodalidade e conectar a malha ferroviária brasileira, dentre outros objetivos.

3. 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, de relatoria do Ministro Augusto Nardes.

4. Nesta oportunidade, busca-se outorgar ao mercado privado a exploração do trecho localizado imediatamente ao sul do mencionado Tramo Norte. 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.

5. 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 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.

6. O Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) qualificou o trecho da EF-151 entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP para ser licitado, nos termos da Resolução-CPPI 2/2016. Em seguida, por meio do art. 1º, inc. IX, do Decreto 8.916/2016, o Presidente da República incluiu a ferrovia na lista de empreendimentos a serem implantados por meio de novas parcerias com o setor privado.

7. Nesse contexto, a ANTT elaborou as minutas de edital e de contrato e os estudos técnicos a serem submetidos ao controle social, exigência cumprida por meio da Audiência Pública-ANTT 7/2017. A aprovação do modelo operacional e das condições gerais da outorga do Tramo Central foi realizada pelo Ministro-Substituto dos Transportes, Portos e Aviação Civil por meio do Despacho 12, de 9/3/2018.

8. Os primeiros documentos relativos ao processo de concessão foram protocolados neste Tribunal em 16/3/2018, mas de forma incompleta. A unidade instrutora só considerou plenamente atendida a obrigação de envio das informações exigidas pela IN-TCU 27/1998 em 4/6/2018, após o encaminhamento de complementações imprescindíveis ao exame técnico, conforme narrado no Relatório precedente.

9. A documentação busca atender ao inc. I do art. 7º da Instrução Normativa-TCU 27/1998, segundo o qual o primeiro estágio de desestatização compreende análise de:

- a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

- b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;
- c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

10. Verificou-se que estão previstos investimentos da ordem de R\$ 2,8 bilhões (data-base dezembro/2017) e a subconcessão se dará pelo prazo de 30 anos, sem possibilidade de prorrogação contratual. A licitação será realizada na modalidade leilão, mediante critério de maior valor de outorga, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei 8.987/1995. O leilão permitirá a participação de atores internacionais e será realizado por intermédio da empresa financeira Brasil, Bolsa, Balcão (B3 S.A.), sucessora da Bolsa de Valores de São Paulo.

11. 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).

12. A metodologia empregada na avaliação econômica do projeto foi a do Fluxo de Caixa Descontado (FCD) a preços constantes, descontado a uma taxa de 11,04%, que corresponde ao Custo Médio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital* – WACC). O resultado da modelagem sugeriu **valor mínimo de outorga de R\$ 1.097.042.832,16** (data-base dezembro/2017).

13. Como estratégia de atuação, a SeinfraPortoFerrovia definiu o seguinte escopo de análise:

- a) as premissas do estudo de demanda;
- b) os principais investimentos em Capex: conclusão dos lotes 4S, 5S e 5SA e aquisição de frota operacional;
- c) as obras remanescentes a cargo da Valec;
- d) o estudo operacional e o estudo de capacidade;
- e) o direito de passagem;
- f) os parâmetros técnicos operacionais e de desempenho;
- g) a adequação da planilha econômico-financeira;
- h) a tarifa-teto da subconcessão e a tarifa do direito de passagem;
- i) as receitas acessórias e alternativas;
- j) o valor de outorga e sua amortização; e
- k) os seguintes itens dos instrumentos jurídicos: os bens da concessão, as regras de compartilhamento da infraestrutura ferroviária e dos recursos operacionais, o valor de outorga e a remuneração, as especificações técnicas mínimas, a alocação de riscos e o limite de dispersão tarifária.

14. Por outro lado, ficou delineado como **não** escopo:

- a) a taxa de desconto do fluxo de caixa do projeto (WACC);
- b) as estimativas de custos operacionais (Opex);
- c) os investimentos obrigatórios materialmente não relevantes (passagens em nível e inferiores, remanejamento de linhas de transmissão, implantação de marcos quilométricos, sistema de proteção da ponte sobre o Rio Grande, implantação do pátio de Estrela

d'Oeste/SP, implantação de detectores de descarrilamento, implantação do sistema de licenciamento e sinalização da via e implantação de instalações fixas);

d) a variação no capital de giro;

e) as premissas de política pública definidas pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA);

f) os instrumentos jurídicos, com exceção dos itens incluídos no escopo (item 12.k *retro*); e

g) o estudo ambiental, com exceção dos passivos ambientais a cargo da Valec.

15. Após exame técnico, a unidade instrutora 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 devem ser ajustadas antes da publicação do referido edital. Para tanto, são formuladas determinações e recomendações que, se acatadas pelo Poder Concedente, permitirão a continuidade do processo de outorga.

16. Divergindo da SeinfraPortoFerrovia, o MPTCU pugna 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 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.

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

18. No mérito, acompanho a análise empreendida pela SeinfraPortoFerrovia, conforme transcrito no relatório precedente, razão pela qual incorporo os competentes fundamentos às minhas razões de decidir, no que não contrariarem o presente Voto. Adoto, ainda, algumas propostas formuladas pelo MPTCU, nos casos mencionados ao longo do texto.

19. Além das considerações trazidas pelos partícipes da instrução processual, faço adequações e aprofundamentos de análise que julgo pertinentes, na forma que exponho no Voto.

20. Ênfase que algumas considerações formuladas pela SeinfraPortoFerrovia foram prontamente acolhidas pelo Poder Concedente, conforme destacado no Relatório que antecede esta decisão, e as respectivas alterações já foram efetuadas nos termos dos estudos, do projeto ou dos instrumentos jurídicos, o que dispensou a expedição de determinações ou recomendações específicas nesta ocasião.

21. Por outro lado, considerando que o Tribunal ainda não obteve a confirmação de outro conjunto de modificações em cláusulas e elementos-chave apontados pela SeinfraPortoFerrovia, tais pontos serão invariavelmente analisados quando do acompanhamento de segundo estágio.

22. De todo modo, merece destaque a postura proativa dos órgãos e entidades envolvidos em atuar de forma célere na resposta aos questionamentos e na correção dos apontamentos levantados pela unidade instrutora, saneando parcialmente os autos.

23. Passo a comentar os pontos mais caros ao sucesso do certame e das regras da outorga em exame, sem prejuízo da importância associada aos demais pontos que se encontram fundamentados no Relatório que acompanha esta decisão.

II – DO MODELO DE EXPLORAÇÃO DA FERROVIA

24. Como antecedente lógico à subconcessão em exame, deve-se inicialmente abordar a questão suscitada pelo MPTCU acerca do modelo de exploração desta importante ferrovia de integração nacional.
25. Ao longo de seu arrazoado, o órgão ministerial provoca a reflexão se deve o modelo ser vertical, como o hoje vigente para todas as demais ferrovias do país, em que se promove a concessão da infraestrutura e do direito à sua operacionalização, ou *Open Access* (“acesso aberto”, em tradução livre), isto é, mediante segregação da conservação da infraestrutura física e do serviço de transporte ferroviário a operadores distintos, situação em que haveria livre acesso à infraestrutura a quaisquer operadores de transporte autorizados pela agência reguladora.
26. Trata-se de interessante debate de política pública acerca do melhor modelo de exploração da infraestrutura ferroviária nacional, o qual deve sopesar as vantagens e desvantagens de cada opção, tendo em vista especialmente as imperfeições de mercado.
27. Paralelamente, o Procurador recupera parte das discussões travadas nos últimos anos acerca da tentativa de adoção do modelo *Open Access*, em parte retratada nos Decretos 8.129/2013 (revogado pelo Decreto 8.875/2016) e 8.134/2013, que, respectivamente, instituía a política de livre acesso ao subsistema ferroviário federal (na qual a Valec atuava para o desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário) e dispõe acerca da estrutura da estatal para a execução das atividades de desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário.
28. Diante da avaliação de que, no seu entender, o modelo de exploração ferroviária de acesso aberto traria possíveis ganhos à política pública em relação ao modelo atual, o MPTCU conclui no sentido de que não foram trazidos aos autos estudos que fundamentem a adoção do modelo vertical para a FNSTC.
29. A segunda grande carência do projeto seria a falta de previsão atinente ao transporte de passageiros na Ferrovia Norte-Sul. Defende o *Parquet* que inúmeras experiências de sucesso nesta área em países desenvolvidos deveriam ser suficientes para, no mínimo, suscitar a discussão desta possibilidade na outorga em tela.
30. Aduz que *“o modelo vertical foi adotado de maneira implícita, pela própria minuta de contrato proposto, sem nenhuma justificativa técnica ou econômica específica, como se a definição da política pública pudesse prescindir do dever de motivação e de vinculação aos motivos declinados”*.
31. Por conseguinte, consoante fundamentação integralmente transcrita no Relatório antecedente, o MPTCU propõe rejeitar o primeiro estágio da outorga em exame, ante a ausência de:
- a) 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
 - b) estudos que justifiquem a escolha de não prever, obrigar, incentivar e estabelecer metas para o transporte de passageiros na presente subconcessão.
32. Feita esta breve explanação, passo a decidir sobre o ponto.
33. Embora a IN-TCU 27/1998, que rege a processualística deste acompanhamento, não prescreva os motivos que devem conduzir à “rejeição” ou à autorização de continuação de processo de desestatização, perfilho de entendimento mais moderado e adotado pela jurisprudência desta Corte no sentido de que as falhas passíveis de correção devem ser objeto de determinações que, se atendidas, autorizam a continuidade do procedimento.

34. Entendo que a rejeição de processo de desestatização, por este Plenário, só poderia se dar em caso de irregularidade ou falha de modelagem grave e irreparável, que subverta a própria lógica da concessão, ou ainda flagrante ilegalidade ou dano ao interesse público vertente. Localizei dois precedentes similares na jurisprudência da Casa.

35. Por ocasião do Acórdão 581/2003-TCU-Plenário, foram considerados irregulares o primeiro e o segundo estágios da alienação de ações preferenciais da Petrobras, porque foram detectadas **ilegalidades** consubstanciadas na contratação indevida de instituição bancária por inexigibilidade de licitação, em desacordo com os arts. 2º e 25 da Lei de Licitações, e contratação de auditoria externa em desacordo com o art. 22 do Decreto 2.594/1998.

36. Noutra oportunidade, quando do Acórdão 1.281/2015-TCU-Plenário, o Tribunal apreciou primeiro estágio de acompanhamento da outorga do serviço de transporte dutoviário de gás natural, cujo objeto previa a construção e posterior operação, pelo concessionário, do gasoduto Guapimirim-Comperj II. O exame técnico do Tribunal apurou erros significativos de **modelagem**, como a sobreavaliação dos custos de investimento atrelados à mencionada construção e precificação da obra com baixo nível de especificidade dos elementos de projeto (adoção de macroprojeto com significativo nível de abstração). Diante disso, o Tribunal expediu medida cautelar para obstar o prosseguimento do leilão para outorga do gasoduto.

37. Como frisei, nesses casos foram constatadas ilegalidades ou falhas de modelagem econômico-financeira intransponíveis. Ou seja, não havia como prosseguir com as outorgas senão por meio de completa revisão ou correção dos procedimentos até então adotados.

38. No caso em análise nestes autos, não verifico gravidade suficiente para rejeitar o primeiro estágio da subconcessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul. Enxergo a questão sob a perspectiva de que, neste processo de exame de outorga, deve-se verificar apenas se a modelagem do projeto está alinhada à política pública existente, qual seja, o modelo de exploração vertical, adotado em todas as demais concessões desse modal (tendo em vista a revogação do Decreto 8.129/2013). A premissa é de que o Poder Concedente realizou suficiente análise quanto ao modelo de política pública em vigor, sem prejuízo de que o tribunal possa, posteriormente, avaliar a política em outro tipo de ação de controle.

39. É sabido, ainda, que nos últimos anos foram travados diversos debates a respeito dos possíveis ônus e bônus de se realizar a mudança do modelo. Parte deste histórico está retratada no Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário.

40. Compulsando os autos, verifico que a fundamentação para adoção do modelo vertical para a FNSTC foi apresentada após provocação da unidade instrutora sobre o ponto (peça 7), respondida na forma do material de peça 21. Na oportunidade, o Poder Concedente informou, por exemplo, que o modelo *Open Access* requer um quadro institucional complexo, em pleno funcionamento, além de poder aumentar custos operacionais e de transação, gerando outras fontes de ineficiência.

41. A motivação foi ainda fartamente complementada pelo memorial de peça 96, que traz um abrangente diagnóstico da política de transportes ferroviários como fundamento para a adoção do modelo atual.

42. Ora, diante de todo esse contexto, não me parece razoável exigir, neste momento, que se reabra a discussão sobre o modelo de concessões ferroviárias do país para somente após promover a licitação da FNSTC.

43. 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.

44. Como dito, tal posicionamento não constitui óbice para que o Tribunal promova trabalhos específicos a fim de examinar a eficiência e efetividade da política vigente, fomentando de maneira mais qualificada essa discussão e, eventualmente subsidiando o Poder Legislativo e o próprio Poder Executivo acerca de eventual transição de modelo de exploração da infraestrutura ferroviária.

45. Já com relação ao transporte de passageiros, embora seja um ideal de futuro distante a ser buscado pelo país, me parece bastante claro que esta não é a vocação da Ferrovia Norte-Sul, pois ela foi projetada para o escoamento de carga. Talvez sequer sejam necessários estudos que demonstrem a inviabilidade comercial de passageiros no trecho, já que não conecta grandes centros urbanos e perpassa, em sua grande maioria, zonas rurais ou desabitadas.

46. Impor o transporte de passageiros nesta linha seria subverter a lógica do projeto, sem contar com as possíveis ineficiências a serem geradas, como o conflito de tráfego prioritário desses vagões em detrimento da carga (imposta pela regulamentação setorial), a incompatibilidade da velocidade típica de operação dessa ferrovia (40 km/h) diante das necessidades do transporte das pessoas, a baixíssima densidade populacional e urbana de todo o trecho percorrido, investimentos adicionais em requisitos de segurança, construção de estações de passageiros, entre outras.

47. Ademais, a verdade é que estamos diante de escolhas públicas a cargo do Poder Executivo, as quais escapam às competências desta Corte.

48. Portanto, em respeito à repartição de funções constitucionalmente estabelecida e ao objetivo para o qual a FNSTC foi concebida, este Tribunal deve prestigiar a motivação apresentada e dar a oportunidade ao Poder Concedente de exercer as decisões escolhidas e avaliar os resultados.

49. Assim como expressei anteriormente neste Voto, tal conclusão não afasta a hipótese de que o Tribunal realize trabalhos específicos sobre a questão do transporte ferroviário de passageiros, fomentando essa discussão e, eventualmente, promovendo subsídios aos Poderes Legislativo e Executivo.

50. Dessa maneira, dissinto do MPTCU com relação à proposta de rejeição do primeiro estágio, por não entender estarem presentes os elementos necessários para tal medida, bem como, no mérito, por entender que, estando a escolha regulatória alinhada à política pública setorial vigente, não deve esta Corte de Contas apreciar o mérito da política pública no âmbito de processo de desestatização.

III – DA CONCLUSÃO DAS OBRAS DO SUBTRECHO SUL

51. No que tange aos apontamentos da SeinfraPortoFerrovia, o primeiro aspecto de relevo diz respeito às obras remanescentes do subtrecho Ouro Verde de Goiás/GO - Estrela d'Oeste/SP (Extensão Sul), de 682 km, necessárias para permitir o transporte de cargas na direção do Porto de Santos (SP).

52. Para finalização do subtrecho, estão previstos os lotes numerados de 1S a 5S, cuja finalização se encontra sob a responsabilidade da empresa estatal Valec. Entretanto, com base na indicação do MTPA, a ANTT modelou a concessão da FNSTC no seguinte formato: os lotes 1S, 1SA, 2S, 3S e 3SA deverão ser finalizados pela própria Valec e os demais (4S, 5S e 5SA) serão concluídos pela futura subconcessionária.

53. Os trechos sob responsabilidade da Valec, segundo informações de março de 2018 do Relatório de Gerenciamento de Obras da estatal, apresentam avanço físico próximo de 90%, com exceção do lote 1SA. O prazo previsto para a conclusão das obras em comento seria setembro de 2018, correspondente à data prevista de finalização do lote 1SA, porém a construtora responsável pelo trecho protocolou junto à Valec pedido de rescisão unilateral do contrato.

54. Atualmente, os trabalhos no lote 1SA estão parados e somente devem reiniciar quando o processo de rescisão estiver concluído, o que traz grande indefinição quanto ao real prazo de entrega das obras.

55. Diante de questionamentos da unidade instrutora a respeito, a Agência informou que, conforme minuta do contrato do processo de subconcessão, o prazo para conclusão das obras a cargo da Valec é de 24 meses após a data de assunção do contrato. Reconheceu, entretanto, a necessidade de promover ajustes na minuta de forma a prover maior clareza e objetividade às obrigações da Valec, em especial aquelas afetas às obras da Extensão Sul.

56. Quanto às dificuldades para conclusão dos trabalhos sob responsabilidade da Valec, a Agência informou que o MTPA manteve a responsabilidade da estatal para conclusão do lote 1S. Diante disso, a ANTT entendeu necessário estender por mais 180 dias o prazo para que a Valec termine as obras. Conseqüentemente, as receitas provenientes da exploração do trecho ferroviário da Extensão Sul serão postergadas e deverão ser ajustadas na planilha da modelagem econômico-financeira, o que culminará em decréscimo do valor de outorga.

57. Em exame do ponto, a SeinfraPortoFerrovia discorda que o prazo informado pela ANTT (24 meses) seja suficiente para conclusão das obras, uma vez que, segundo os instrumentos contratuais, esse interregno, contado a partir da assunção pela futura subconcessionária, se refere à data-limite para início das operações de transporte ferroviário, cuja responsabilidade será da futura subconcessionária.

58. Ocorre que a abertura das operações depende de uma série de procedimentos, tais como: a entrega das obras pela Valec, após a conclusão dos contratos de construção e a emissão dos respectivos termos de recebimento das obras; a conclusão das obras a cargo da subconcessionária; a emissão da Licença de Operação emitida pelo órgão ambiental; a emissão da autorização de tráfego pela ANTT e o recebimento das obras sob responsabilidade da Valec pela subconcessionária.

59. Os atos preparatórios exigem tempo adicional considerável após a conclusão dos trabalhos construtivos e, caso a data prevista para conclusão seja a mesma indicada para o início da operação pela subconcessionária, não haverá tempo hábil para a execução desses procedimentos. Acrescenta-se que a Valec também necessita, afóra concluir a construção, realizar o recebimento adequado das obras, verificando se os requisitos técnicos previstos nos contratos de construção foram cumpridos pela construtora contratada. Esse procedimento demanda apreciável tempo adicional e aumenta o risco de atrasos no recebimento da infraestrutura pela futura subconcessionária.

60. Portanto, a definição contratual de data incompatível com a capacidade de entrega da Valec e sem considerar os procedimentos a cargo da subconcessionária embute risco sensível de postergação das receitas previstas com a operação da Extensão Sul da FNSTC e, conseqüentemente, de prematura necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

61. Recordo que, sem a conclusão desse lote, não haverá conexão ferroviária entre o Tramo Central e a Malha Paulista, logo as cargas originadas na zona de influência da ferrovia não poderão acessar o Porto de Santos/SP ou eventualmente atender mercados consumidores internos à região Sudeste, impactando negativamente a receita prevista na modelagem econômico-financeira do projeto.

62. A situação agrava outros aspectos da presente outorga que serão tratados adiante, acerca da necessidade de adequada definição prévia dos termos em que se dará o exercício do direito de passagem da subconcessionária da FNSTC perante a malha adjacente rumo ao Porto de Itaquí/MA, monopolizada por outra subconcessionária, pois essa instalação portuária restará como única opção de escoamento de curto prazo.

63. Diante da situação, a SeinfraPortoFerrovia propôs determinar que a ANTT se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNS sem adotar data-limite para a conclusão das obras pela Valec que considere as etapas necessárias para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitando à

Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e à subconcessionária providenciar as devidas medidas preparatórias para o início da operação, em atenção ao art. 18, inciso I, da Lei 8.987/1995.

64. Acolho a determinação acima com ajustes, já que a nova data prevista para conclusão das obras pode se sujeitar a novos atrasos e imprevistos, que poderão gerar desequilíbrios econômico-financeiros do contrato. Desse modo, convém que a determinação preveja a inclusão das condições *ex ante* de compensação em caso de atraso na entrega dos lotes em construção, *ex vi* da Lei 8.987/1995, arts. 18, incisos I e VII, e 23, incisos I e V.

65. Ora, sendo razoável a probabilidade de atrasos adicionais de parte da Valec, é imperioso que as condições de compensação financeira sejam estabelecidas *a priori*, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica às partes contratuais, pois são previsíveis e calculáveis, em lugar de se induzir o processamento posterior de reequilíbrio econômico-financeiro.

66. Desse modo, **determino** que a Agência se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNSTC sem adotar data-limite razoável para a conclusão das obras pela Valec, bem como prever mecanismos contratuais de compensação financeira à subconcessionária em caso de ocorrerem atrasos não programados na entrega dos referidos trechos da Extensão Sul, além do prazo definido quando do certame, visto que eventual demora adicional na finalização das obras impactará o início das operações ferroviárias.

67. Aludido prazo deverá considerar obrigatoriamente as etapas indispensáveis para a adequada entrada em operação dos trechos, possibilitar à Valec concluir os procedimentos necessários para o recebimento da infraestrutura e permitir à subconcessionária adotar tempestivamente as medidas preparatórias para o início da operação.

68. Por associação e como segundo ponto de destaque, devo mencionar a problemática atinente ao custo necessário para concluir as obras dos lotes 4S, 5S e 5SA, que foi previsto em R\$ 175.798.429,16 e incluído na modelagem econômica com base nas informações repassadas pelo MTPA à ANTT.

69. Esse valor, previsto no Capex da modelagem econômico-financeira, corresponde ao saldo orçamentário dos contratos de construção que estão sob gestão da estatal, porém são inconsistentes com os custos realmente necessários para a sua conclusão, em razão de problemas identificados no recebimento, pela Valec, de brita fora das especificações utilizada no lastro da via férrea desses lotes.

70. Para o lote 4S, a modelagem prevê que o volume de brita para lastro a executar é de 50.408,29 m³, equivalente a R\$ 2.684.869,35 (data-base dezembro/17). Porém, no âmbito do processo TC 011.450/2016-9 (peças 190 e 196), a Valec informou ao Tribunal ter havido glosa e estorno integral da pedra britada para lastro fornecida, devido a problemas de qualidade do material. Desse modo, após estorno integral da brita pela Valec, o saldo total contratual desse item é, na verdade, de 433.262,95 m³, quantidade bastante discrepante da incluída no Capex.

71. No tocante aos lotes 5S e 5SA, analisados no âmbito do TC 011.451/2016-5, foram identificados problemas de qualidade da brita para lastro semelhantes aos ocorridos no lote 4S, motivo que levou o TCU a adotar medida cautelar para a Valec suspender a utilização do material nesses lotes, por não atender às especificações das normas. Referida medida cautelar está vigente contra a estatal e não afeta a condução da licitação da subconcessão da FNSTC em análise.

72. Assim, enquanto no lote 4S constata-se que a brita fora das especificações da Valec para o lastro ainda não havia sido lançada no traçado, nos lotes 5S e 5SA a brita já foi quase toda lançada e a grade ferroviária (conjunto de trilhos e dormentes) já está montada em cerca de 90% da extensão do trecho. Caso a solução para o problema da brita nesses lotes seja o estorno completo do material, a exemplo do já ocorrido no lote 4S, a ANTT deve considerar também os custos para a desmontagem e

remontagem da superestrutura, bem como as consequências dessa medida no cronograma do empreendimento.

73. Conclui-se, por conseguinte, que os valores previstos no Capex para a conclusão do lote 4S estão subdimensionados, assim como podem estar os valores associados aos lotes 5S e 5SA, a depender da solução contratual a ser dada à questão, com as correspondentes consequências financeiras e de prazo.

74. Se a opção for pela manutenção da estrutura já construída, convém dar publicidade aos problemas de brita para lastro nos lotes em questão e informar aos potenciais licitantes a possibilidade de reflexo na forma de incremento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex). Por outro lado, se ANTT decidir pela substituição da brita de lastro dos lotes em questão, será necessário incluir na modelagem econômico-financeira os investimentos em Capex, conferir maior prazo contratual para a conclusão dos trechos e avaliar as consequências dessa decisão no cronograma de conclusão desse segmento.

75. Somente no que tange às obras de substituição do lastro aplicado nos lotes 5S e 5SA, a Valec estimou que os serviços custarão R\$ 103.289.937,01 e que o prazo para conclusão será de 32 meses. Quanto ao lote 4S, os custos para a troca da brita também são materialmente relevantes.

76. Diante do problema, acolho a proposta de se **determinar** à ANTT que, previamente à publicação do certame da outorga em questão, promova 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.

77. Cumpre ainda **determinar** que torne públicos os problemas identificados nas especificações técnicas da brita para lastro nos lotes 5S e 5SA, esclarecendo sobre a possibilidade de que tais problemas possam refletir no aumento dos custos de manutenção da ferrovia (Opex), ou, alternativamente, promova 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, de forma a considerar os problemas identificados em relação à brita para lastro fora das especificações.

78. Outrossim, em atenção à decisão da ANTT de endereçar à futura subconcessionária a responsabilidade pela manutenção e, se assim decidir, correção dos problemas de brita para lastro fora das especificações dos trechos 4S, 5S e 5SA, é preciso incluir **determinação** para que, após detido estudo do problema, inclua e atribua à subconcessionária, na minuta contratual, os riscos associados à manutenção/correção dos trechos com brita aquém das especificações ou à substituição do material fora dos padrões, a qual deve constituir exceção à cláusula 27.2.h da minuta contratual, abaixo referida:

“27 Alocação de Riscos

(...)

27.2 A Subconcessionária **não** é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Subconcessionária, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(...)

(h) defeitos em quaisquer obras realizadas pelo Poder Público na Ferrovia ou em qualquer ligação a ele;”

79. As duas determinações acima serão complementadas pela análise e encaminhamento abordados no tópico IV deste Voto, que versa sobre os riscos no processo de assunção da infraestrutura.

80. Pelos motivos acima expostos, é de se perceber que compartilho da análise de riscos consignada no Parecer do MPTCU, porém deixo de acolher a proposta de se determinar a adoção de solução regulatória diversa da prevista.

81. Ao examinar todo o contexto das obras pendentes de conclusão na Extensão Sul, o MPTCU trouxe nova perspectiva sobre o tema, a qual, pela precisão com que o aborda, passo a transcrever, mantidos os destaques do original (peça 95, p. 23-26):

“No que diz respeito às obras construídas pela Valec em desconformidade com as especificações técnicas do projeto, essas dizem respeito à situação detectada pelo próprio TCU, na qual a brita usada pelas empreiteiras contratadas da Valec estava com qualidade inferior àquela especificada nos projetos, o que ocorreu em três lotes. O valor dessas correções já foi estimado pela Valec. Todavia, conforme alerta trazido na instrução precedente, não há garantia quanto à precisão desse valor, que pode sofrer alteração pela necessidade de troca dos trilhos e dormentes, com desmontagem e remontagem da superestrutura.

A opção trazida na minuta contratual para essas obras, conforme transcrito acima, é a de permitir à futura concessionária, dentro de um prazo de 365 dias da data da assunção, reclamar de todos os defeitos que encontrar nos bens da ferrovia que lhe forem entregues. Também o item 27.2, (h), que trata de alocação de riscos, atribui expressamente ao poder concedente a responsabilidade pelos riscos referentes a *‘defeitos em quaisquer obras realizadas pelo Poder Público na Ferrovia ou em qualquer ligação a ele.’*

A proposta de subconcessão do direito de exploração do trecho da EF-151 nesses termos maximiza os problemas decorrentes da assimetria de informação, a saber, a seleção adversa e o risco moral. Tanto afasta potenciais interessados na disputa quanto coloca em risco o pagamento de outorga, decorrente dos pedidos de reequilíbrio da subconcessionária, por atraso na entrega das obras a cargo da Valec ou deficiências nas obras entregues por essa estatal.

Tratando da fase anterior à licitação, verifica-se que o trecho da FNS compreendido entre Açailândia/MA e Palmas/TO, com 720 quilômetros, denominado de “Tramo Norte”, é controlado pela VLI Multimodal S.A., subsidiária integral da VLI S.A. Além disso, embora com pouca utilização, conforme a declaração de rede, tem-se notícias de que, desde 2015, essa empresa opera em subtrechos ferroviários que fazem parte do objeto da atual proposta de subconcessão, ou seja, de Anápolis/GO até o Porto Nacional/TO (peça 94, disponível em <http://valec.gov.br/noticias/136-ultimo-carregamento-de-farelo-chega-hoje-ao-porto> - com acesso em 24/8/2018 17:20).

(...)

Isso ocorre por meio de operações comerciais na ferrovia autorizadas pela ANTT em fevereiro de 2015. Os contratos entre cliente e operador ferroviário foram efetivados no mesmo ano.

O transporte ferroviário está sendo feito pela VLI, por meio de um contrato com a Valec de venda de direito de passagem no trecho da Ferrovia Norte Sul, compreendido entre Porto Nacional (TO) e Anápolis (GO), em plenas condições operacionais e com licenças de operação concedidas pela ANTT e IBAMA, o que revela a existência, no momento atual, de relevante assimetria de informação, fazendo com que a VLI conheça melhor do que os demais interessados os passivos ambientais e as obras já concluídas. Daí a necessidade imperiosa, para se garantir a competitividade do certame em igualdade de condições, do prazo mínimo proposto de 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.

(...)

Evidentemente, as decisões do mercado no mundo real são feitas com informação incompleta e essa realidade, relativa ao conhecimento imperfeito nas transações, não é uma falha de mercado por si. O problema emerge quando o comprador potencial, ou o vendedor potencial, tem uma informação importante para a transação que a outra parte não tem, derivando daí as falhas regulatórias denominadas de “seleção adversa” e de “risco moral”, caracterizados, respectivamente quando os potenciais “compradores” selecionam de maneira incorreta determinados bens e quando é impossível a uma das partes monitorar adequadamente as ações inadequadas da outra, após o contrato.

Em relação ao possível risco de diminuição do pagamento de outorga, verifica-se que, na data de assinatura do contrato, a subconcessionária assinará apenas o Termo de Recebimento Provisório.

Haverá a possibilidade de a vencedora reclamar formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios ocultos que acometam os bens da subconcessão, em um contexto certamente marcado pela assimetria de informação entre a contratada e a referida agência.

Ressalta-se que os conflitos de interesse entre poder concedente e subconcessionária não são uma questão teórica. No âmbito do TC 033.220/2012-3, entre os achados da auditoria sobre o trecho controlado pela VLI (Tramo Norte), foi identificado o “Descumprimento de Cláusulas de Subconcessão”, desdobrando-se em prejuízos para a União devido a: a) transferência irregular de obrigações à Valec; b) prejuízo ao erário; c) prejuízo ao meio ambiente; e d) prejuízos à prestação do serviço público adequado (item 72 do Relatório de Acompanhamento).

(...)

Diante do evidente risco de atraso na entrega das obras por parte da Valec, de forma semelhante ao constatado no relatório precedente ao Acórdão 1.103/2013-Plenário (experiência de subconcessão do Tramo Norte), no qual verificou-se que, convém frisar, a *‘Valec não demonstra defender efetivamente seus interesses’*, a fórmula proposta pela ANTT, além de não mitigar o risco moral, acaba reforçando o direito da futura subconcessionária em buscar reequilíbrio do contrato, reequilíbrio este, redundante dizer, sempre a favor da subconcessionária.

Mais uma vez, não parece coerente com o princípio da eficiência submeter o erário ao risco de haver pedidos de reequilíbrio ou indenizações para a contratada decorrentes dos eventuais atrasos da Valec em concluir as obras, somente para promover ainda no curso do atual mandato presidencial, isto é, ainda no atual governo, a subconcessão de um trecho não operacional e que somente poderá operar após a conclusão dessas obras. Isso simplesmente não faz sentido.

Assim, a opção correta para evitar esse risco e o total controle informacional por parte da subconcessionária em relação às obras é transferir a ela, desde a assinatura do contrato, a obrigação de aceitar as obras porventura já prontas e concluir ela mesma as pendências de engenharia, alocando os riscos de forma mais coerente com o princípio da eficiência. Portanto, a subconcessionária deverá sub-rogar-se, como contratante, nos contratos de empreitada em vigor firmados pela Valec. Para que isso seja possível, é fundamental que o prazo mínimo de 180 dias proposto pelo Ministério Público de Contas seja observado para que os licitantes possam se inteirar das questões fático-jurídicas envolvendo todas as obras inacabadas, procedendo inclusive à inspeção física do estado atual das obras e de sua qualidade.

Propõe-se, assim, **determinar à ANTT que 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, excetuando-se os comprovadamente ocultos na data da assunção, 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 §2º do art. 26 da Lei 8.987/1995.**

Com relação aos vícios comprovadamente ocultos, entende-se adequada a fórmula expressa na minuta de edital que estabelece, da data de assunção, um prazo de 365 dias para que a subconcessionária reclame formalmente à ANTT sobre eventuais inconformidades técnicas ou vícios realmente ocultos que acometam os bens da ferrovia cuja posse seja a ela transferida pela interveniente subconcedente.

A conformação do objeto a ser subconcedido por meio de licitação a ser definida pelo poder concedente não pode se dar em prejuízo da competitividade do certame e da boa execução contratual posterior. Conformar o objeto com tantas incertezas que somente duas ou uma empresa tenha interesse pelo objeto viola o dever jurídico de promover a mais ampla competição possível para dar concretude ao princípio da isonomia e da busca da melhor proposta. No caso concreto, a atribuição de responsabilidade pela conclusão de parte das obras remanescentes à Valec afeta concretamente a perspectiva de interligação do Tramo Central com a Malha Paulista, porquanto torna incerto o momento em que se dará essa interligação. Acresce-se a isso outra incerteza: a qualidade da obra a ser executada pela Valec e recebida pela subconcessionária, que poderá ser objeto de conflito entre ambas. Essas duas incertezas, especialmente a que se refere ao momento de interligação com a Malha Paulista, conjugada com as incertezas presentes no quesito direito de passagem, tornam o edital extremamente mais atraente para a empresa VLI do que para qualquer outra potencial interessada. Com efeito, para a empresa VLI, e apenas para ela, a interligação com a

Malha Paulista é uma questão secundária, uma vez que ela já dispõe de uma saída pelo norte que independe de uma forte regulação do direito de passagem.

Por seu caráter restritivo da competição, a solução delineada na minuta de contrato da subconcessão (peça 65) não pode ser considerada como adequada para a conclusão de tais remanescentes de obra. Os elementos objetivos contidos nos autos apontam no sentido de que a atribuição à Valec da responsabilidade pela conclusão de obras de significativa dimensão configura fator gerador de incerteza, que compromete a possibilidade de competição no leilão.

Basta, para tanto, verificar a experiência mapeada pelo Tribunal, ao deliberar sobre auditoria realizadas em obras de construção da Ferrovia Norte-Sul (FNS), sob a responsabilidade da Valec (Acórdão 1.103/2013-Plenário). Os problemas identificados são de várias ordens e de elevada gravidade, a revelar que deve ser atribuída à futura subconcessionária a conclusão de todas as obras, porquanto assim poderá ela tomar conhecimento prévio da situação atual, estabelecer cronograma de execução, orçar e precificar sua proposta no leilão com razoável grau de certeza sobre quando poderá ela dispor da interligação com a Malha Paulista. Essa solução elimina também o risco de a subconcessionária ter motivos para reclamar de eventual má qualidade das obras, já que ela mesma será responsável por elas. Daí a pertinência da determinação ora proposta pelo Ministério Público de Contas.”

82. É notório que o contexto do setor ferroviário brasileiro é demasiado complexo e os contornos contratuais previstos não resolvem os problemas que costumeiramente se repetem em contratos de concessão: pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro por descumprimento de obrigações, inexecução de obrigações dos concessionários, baixo índice de cumprimento de parâmetros e metas operacionais e deficiências de regulação.

83. A experiência tem demonstrado que as regras contratuais têm se mostrado suscetíveis a múltiplas interpretações a depender dos efeitos dos fatos ao longo da outorga, notadamente o atraso de obras a cargo do Poder Público e outras.

84. Para evitar que falhas recorrentes em processos concessórios se repitam em novos contratos, o Poder Concedente precisa impor critérios estritamente objetivos e capazes de evitar riscos danosos ao erário.

85. Nesse sentido, a sub-rogação das obrigações da subconcedente relativas à conclusão das obras para a subconcessionária seria mais clara, ao alocar o risco de atraso da efetiva interligação da FNSTC à Malha Paulista à parte que detém, de fato, maior capacidade de gerenciá-lo: a futura subconcessionária.

86. Apesar de todas as possíveis vantagens, tenho claro que tal decisão compete ao Poder Concedente, melhor conhecedor do objeto que este órgão de controle externo, e que inexistente parâmetro legal a ser imposto ao gestor por este Tribunal. De fato, cada opção trará consigo vantagens, desvantagens e os correspondentes riscos, conforme alguns julgados do TCU têm demonstrado, e esse exame deve ser realizado de forma fundamentada antes de se ultimar o leilão.

87. Compulsando os autos, verifiquei que o ponto foi objeto de diligência da SeinfraPortoFerrovia (peça 7, item “b”), respondida por meio da peça 21 pela ANTT (de 20/10/2017) e peça 25 pela Valec (de 21/11/2017).

88. Em resumo, o lote 4S foi incluído como serviço remanescente no âmbito da subconcessão e, para os lotes 5S e 5SA, optou-se por concluir os serviços remanescentes por meio dos contratos já firmados, uma vez que os serviços remanescentes eram da ordem de 4% e 13%, respectivamente, ou apenas 0,08% da Extensão Sul. Motivações complementares foram juntadas aos autos em sede de memorial (peça 96).

89. Por conseguinte, as opções adotadas pelo Poder Concedente dentro de seu espaço de discricionariedade estão razoavelmente fundamentadas, e devem ser respeitadas, sem prejuízo de se adotar a possível solução aventada pelo *Parquet* na forma de **recomendação** à Agência para, se julgar

conveniente e oportuno tal encaminhamento, 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, excetuando-se os comprovadamente ocultos na data da assunção que tenham sido objeto de reclamação no prazo estipulado, 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 sob esse fundamento.

IV – DA ALOCAÇÃO DE RISCOS DO EMPREENDIMENTO

90. O terceiro aspecto de atenção reside na sistemática de alocação de riscos entre subconcessionária e Poder Concedente, delineada nas cláusulas do item 27 da minuta de contrato. A unidade instrutora constatou que determinados dispositivos são conflitantes entre si, o que pode causar insegurança jurídica em caso de possíveis eventos futuros incertos (riscos) com impacto no equilíbrio econômico-financeiro da subconcessão.

91. Os dispositivos se referem às responsabilidades por: a) passivos ambientais causados pela Valec e invasões de faixa de domínio ocorridas anteriormente à data de assunção do contrato pela subconcessionária; e b) conserto de defeitos construtivos.

92. Nos casos de passivos ambientais anteriores à assunção da futura operadora, a minuta contratual remete à Valec (interveniente subconcedente) os riscos associados, bem como a responsabilidade pela regularização, o ônus e as despesas relacionadas (destaquei):

“5.1.v. Excetuam-se das obrigações da Subconcessionária dispostas nesta Cláusula as áreas e imóveis localizados no traçado da Ferrovia e na faixa de domínio **cuja situação fundiária esteja irregular na Data de Assunção**, bem como aquelas que são objeto de processos judiciais de desapropriação em andamento, **as quais são de responsabilidade da Interveniente Subconcedente**.

(...)

5.2.iii. As ocupações na faixa de domínio **anteriores à Data de Assunção** são de **responsabilidade da Interveniente Subconcedente**, devendo esta promover as medidas necessárias, inclusive as de cunho judicial, visando à proteção dos Bens da Subconcessão.

(...)

12.2.ii. Sem prejuízo de outras disposições previstas em lei, no Contrato e em seus Anexos, são deveres da Interveniente Subconcedente:

(h) responsabilizar-se pelos **passivos ambientais e ocupações na faixa de domínio, cujo fato gerador seja anterior à Data de Assunção**;

(...)

12.3.ii. Sem prejuízo de outras disposições previstas em lei, no Contrato e em seus Anexos, são deveres da **Subconcessionária**:

(ee) comunicar, no menor prazo possível, à ANTT, a existência de passivos ambientais descobertos após a celebração deste Contrato, **recaindo sobre a Interveniente Subconcedente a responsabilidade pela regularização**, assim como pelos ônus e despesas relacionados, **daqueles cujo fato gerador seja anterior à Data de Assunção.**”

93. Por outro lado, a mesma minuta estabelece que tanto os passivos ambientais quanto as invasões da faixa de domínio **anteriores à data de assunção** serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da subconcessionária, o que é contraditório com o dispositivo acima mencionado (destaquei):

“3.1.ix. Os passivos ambientais e invasões na faixa de domínio **anteriores à Data de Assunção** e assim identificados **serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.**”

94. Caso o texto da minuta de contrato permaneça como está e seja identificado algum passivo ambiental ou invasão da faixa de domínio anterior à data de assunção da subconcessionária, poderá haver a obrigação da interveniente subconcedente (Valec) regularizar a situação, arcando com todas as despesas, ao mesmo tempo em que a subconcessionária poderá fazer jus a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em seu favor.

95. A SeinfraPortoFerrovia propôs recomendar à ANTT que adeque 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, cujo conteúdo foi acima mencionado, de forma a deixar clara a ressalva de que só haverá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os passivos ambientais e invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária se a interveniente subconcedente (Valec) não cumprir com as suas obrigações contratuais.

96. De forma semelhante, a unidade instrutora identificou possível conflito entre as cláusulas 3.1.iii.d e 27.1.c, no que tange às responsabilidades pela correção de defeitos construtivos e às hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (destaquei):

“3.1 Composição

(iii) A Subconcessionária, na data de assinatura do Contrato, assinará também o Termo de Recebimento Provisório.

(...)

(d) a Subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato com relação às inconformidades técnicas e aos vícios ocultos reclamados fora do prazo estipulado na subcláusula 3.1 (iii) (a).”

97. Já os itens 27.1.c e 27.2.h definem o seguinte:

“27 Alocação de Riscos

27.1 Com exceção dos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente na subcláusula 27.2, a Subconcessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Subconcessão, inclusive, mas não se limitando, aos seguintes:

(c) os vícios em bens a ela transferidos em razão da Subconcessão **e que não foram objeto de reclamação perante o Poder Concedente, nos termos da subcláusula 3.1 (iii).**

(...)

27.2 A Subconcessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Subconcessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(h) defeitos em quaisquer obras realizadas pelo Poder Público na Ferrovia ou em qualquer ligação a ele;”

98. Da mesma forma, a unidade instrutora propõe recomendar que a ANTT adeque a redação do item 27.2.h da minuta de contrato da subconcessão da FNS, de forma a deixar claro que o disposto nesse item deve observar o previsto no item 27.1.c do referido documento, no sentido de que os riscos para os vícios em bens transferidos à subconcessionária e que não forem objeto de reclamação perante o Poder Concedente sejam devidamente alocados à subconcessionária.

99. Como se verifica, as aludidas cláusulas contratuais guardam certa incoerência e merecem reparo de parte deste Tribunal. Destaco que não se reavalia a matriz de alocação de riscos definida pela Agência ou se referenda a opção adotada. A questão é que, uma vez que o Poder Concedente decidiu pelo modelo, suas cláusulas devem guardar coerência entre si.

100. Assim, cumpre aperfeiçoar a primeira regra para esclarecer que não poderá haver reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para passivos ambientais e invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária (interpretação mais provável), ou outra solução regulatória aplicável, isto é, de que forma seria cabível eventual reequilíbrio econômico-financeiro diante de eventos cuja responsabilidade não recairá sobre a subconcessionária.

101. Portanto, em linha com o acima exposto, cumpre **determinar** à ANTT, tendo em vista o que dispõe o art. 23, inciso V, da Lei 8.987/1995, e o princípio da segurança jurídica, que adequue 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 passivos ambientais e as invasões de faixa de domínio anteriores à data de assunção da subconcessionária, ou outra solução regulatória aplicável.

102. Com relação à cláusula 27.2.h, a unidade instrutora propõe recomendar que a ANTT a adequue de forma a deixar claro que o disposto nesse item deve observar o previsto no item 27.1.c do referido documento, no sentido de que os riscos para os vícios em bens transferidos à subconcessionária e que não forem objeto de reclamação perante o Poder Concedente sejam devidamente alocados à subconcessionária.

103. Entendo despidendo emitir a recomendação em tela, visto que a cláusula 27.1.c já se dirige à subconcessionária, atribuindo-lhe responsabilidade pelos eventos de risco mencionados caso não reclamados no prazo estabelecido. Ademais, leitura conjunta com a cláusula 3.1.iii.d encerra o problema, ao definir que a subconcessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com relação às inconformidades técnicas e aos vícios ocultos reclamados fora do mesmo prazo, estipulado na subcláusula 3.1.iii.a.

104. Afora ajustes redacionais, o melhor possível encaminhamento para esse problema passa novamente pela solução sugerida pelo MPTCU.

105. No que tange aos riscos por passivos ambientais, o *Parquet* faz um exame mais amplo diante das diversas incertezas e complicações contratuais derivadas da assunção de responsabilidades dessa natureza, especialmente em casos nos quais a data de ocorrência é incerta, pois muitas vezes decorrem de eventos naturais. O representante do MPTCU contextualiza a questão com casos verificados em outros processos e decisões deste Tribunal.

106. De acordo com os competentes fundamentos de seu Parecer, o qual transcrevo em sua inteireza em razão da relevância do assunto (peça 95, p. 27-30):

“Com as vênias de estilo, o Ministério Público de Contas entende que a responsabilidade da subconcessionária relacionada aos passivos ambientais deve ser integral, ou seja, deve alcançar tanto aqueles resultantes de fatos geradores ocorridos anteriormente à data de assunção da subconcessão, como os resultantes de fatos que vierem a ocorrer a partir de então e até a conclusão do contrato. Explica-se.

A alocação de riscos na conformação de projetos de concessão é norteada por dois princípios fundamentais: a) a clareza e a objetividade na atribuição de responsabilidades a cada parte envolvida; b) a atribuição de responsabilidade pela assunção do respectivo risco a quem detenha mais condições de mensurar os seus impactos e maior capacidade de gerenciá-los.

A solução dos passivos ambientais está diretamente associada à execução do objeto a ser subconcedido. A solução delineada na minuta de edital e contrato é certeza de geração de conflitos na execução contratual. Já a assunção integral dessa responsabilidade pela subconcessionária mitiga consideravelmente os elementos de incerteza sobre a execução contratual, porquanto elimina possibilidades de discussão sobre o momento em que surgiu tal ou qual passivo, a exemplo de uma voçoroca à margem da ferrovia. Muito mais eficiente e seguro é que as possíveis interessadas inspecionem toda a linha e identifiquem todos os passivos já existentes para planejar e orçar sua correção, incorporando em suas propostas a precificação adequada. Assim, não haverá dúvidas sobre a responsabilidade acerca de todo e qualquer passivo ambiental. Para isso, contudo, é

fundamental que as interessadas disponham de prazo mínimo razoável para essa inspeção e precificação. Daí novamente a necessidade de prazo mínimo de 180 dias para apresentação das propostas a partir da publicação do edital.

Veja-se que o Caderno de Meio Ambiente da subconcessão, de junho/2017, elaborado pela ANTT para subsidiar a Audiência Pública 7/2017 (peça 74 deste processo), menciona que a Valec encaminhou o Relatório “Controle de Ocorrências Ambientais” (lista de ocorrências ambientais causadas até março/2017) e que a ANTT, após análise da área técnica da agência, verificou que todas as ocorrências mencionadas são referentes à manutenção ou à conclusão de obras, conforme “Planilha de Análise de Ocorrências Ambientais”.

Ao transferir para a vencedora do certame a totalidade dos passivos ambientais, o Poder Público impõe à subconcessionária a responsabilidade de mensurar e de precificar prévia e adequadamente todos os riscos associados a esses passivos. Passa a ser da subconcessionária a responsabilidade total, de modo que a contratada não poderá, futuramente, alegar eventual desequilíbrio econômico-financeiro em razão de fato gerador que porventura tenha dado causa a algum passivo ambiental, o que é coerente com a diretriz de reduzir incertezas sobre a execução contratual para com isso atrair interessados para uma competição efetiva.

A experiência revela e o TCU, a ANTT, as concessionárias e as subconcessionárias, enfim, todos sabem que passivos ambientais são fonte completamente indesejada de eternas discussões acerca dos direitos e das obrigações de cada parte contratual. Não faz sentido abrir espaço para esse tipo de incerteza.

A esse respeito, segue excerto da instrução da então Secretaria de Fiscalização de Obras Portuárias, Hídricas e Ferroviárias - Secob, de fevereiro/2013, nos autos do TC 033.220/2012-3 (Levantamentos de Auditoria pelos quais se buscou verificar a qualidade da Construção da Ferrovia Norte-Sul Tramo Norte e a consecução dos objetivos operacionais estabelecidos para o empreendimento, peça 51 do TC 033.220/2012-3):

‘53. Estabelecidas as responsabilidades contratuais, verificaram-se discussões entre Valec (concessionária da malha e subconcedente a partir de 2007), Vale (operadora da malha desde a construção à subconcessão) e FNS S/A subsidiária da Vale e subconcessionária, a partir de dezembro de 2007) quanto às obrigações de correção dos passivos ambientais citados e outros mais identificados após vigente a subconcessão.

54. Até o momento em que esta instrução é redigida não há, entre Valec, FNS S/A e Vale, consenso sobre as responsabilidades de cada empresa. Adicionalmente aos levantamentos anteriores, em 2012 foi realizada nova inspeção pela FNS S/A e Valec na qual se identificaram outros 53 pontos para os quais se devem definir a responsabilidade pela correção.

55. Além disso, durante as negociações entre as partes, constatou-se que as partes não chegaram à definição do que seria a condição inicial do trecho construído para que a Vale devolva o trecho I ‘nas condições de projeto’, em decorrência de falta de documentação técnica suficiente e pela antiguidade da obra (construída nos anos 1980 e 1990). Ademais, verificou-se que o projeto *as built* (registro do que efetivamente foi construído incluindo as modificações em relação ao projeto executivo e respectivas justificativas) apresentava divergências em relação ao projeto original – ausência de elementos de drenagem e serviços de proteção vegetal para taludes de corte e aterro – e não representava fielmente as obras executadas, contribuindo para o impasse sobre as responsabilidades.

56. Sobre a verificação do cumprimento das obrigações da Vale de manter o trecho I e de corrigir passivos ambientais ao término do Contrato 26/2005, peça 11, a Valec informou ter incluído no Contrato 33/2007 a necessidade de discutir com a Vale as origens e responsabilidades de cada um dos passivos, como estabelecido no item 10.2, XXII, do referido contrato.

(...)

73. A Vale, ao participar da concorrência do Edital 1/2006, peça 12, tinha conhecimento das pendências existentes e elencadas no Anexo VII do Contrato de Subconcessão do trecho I e assumidos pela Valec. Como consequência, a Vale sabia que eventuais passivos existentes, além daqueles do Anexo VII, seriam de responsabilidade da vencedora do certame, no caso a FNS S/A, empresa constituída pela Vale em atendimento ao referido edital. Portanto, imputar obrigações, não constantes do Anexo VII do contrato, referentes ao trecho I à Valec seria irregular.

74. Quanto aos 88 itens relativos ao passivo ambiental, cujas responsabilidades devem ser repartidas entre a Valec e a Vale, também se verifica a tentativa da Vale em atribuir a quase totalidade (87) dos passivos ambientais à Valec. Por outro lado, a Valec não demonstra defender efetivamente seus interesses.

(...)

76. Quanto aos Trechos I-A e II, os Termos de entrega e recebimento dos trechos continham anexos com listagem de obras a serem executadas pela Valec para correção de falhas de construção e de passivos ambientais. Dessa forma, não cabe discutir outros passivos identificados, após celebrados os citados Termos e não constantes dos respectivos anexos.

77. Para o Trecho III da subconcessão a situação é mais complicada, pois, passados dois anos da operação da via pela FNS S/A, ainda não se tem um relatório formal de inspeção dos passivos presentes no trecho, nem sequer as obras foram recebidas pela Valec da construtora. A preocupação e o acompanhamento deste Tribunal devem ser ainda maiores sobre as negociações de responsabilidades desse trecho.

Cumprir lembrar, com base no pertinente alerta da então Secob (peça 51, item 97, do TC 033.220/2012-3), que passivos ambientais:

- a) causam perda de eficiência na prestação do serviço de transporte ferroviário e
- b) diminuem a competitividade do modal, geram descrédito no mercado e frustram o incremento de volume esperado a ser transportado.

No âmbito do referido processo, sobreveio o Acórdão 1.103/2013-Plenário (TC 033.220/2012-3), no qual se tem o claro retrato da insegurança jurídica que passivos ambientais, ainda que a responsabilidade de cada partícipe esteja teoricamente prevista no instrumento contratual, podem dar causa no curso da execução dos ajustes firmados:

(...)

No caso do Tramo Central, uma vez ciente dos passivos preexistentes à celebração do contrato, a subconcessionária não terá como, futuramente, alegar desconhecimento, fator surpresa ou qualquer outro fato que possa vir a desonerá-la de sua obrigação de executar o objeto nos termos estritamente pactuados e à conta do preço que a levou a sagrar-se vencedora do leilão.

O contrato a ser firmado deve ser fonte segura de estabilidade para a relação jurídica. Os direitos e as obrigações contratualmente previstos são as balizas que irão nortear a execução do objeto e, exatamente por isto, o contrato deve ser o mais claro, objetivo e transparente possível, de modo que cada partícipe saiba, desde a publicação do edital, culminando com a celebração da avença, o que lhe cabe, o que se espera dele e o que lhe poderá e deverá ser exigido.

Qualquer que seja seu perfil, o investidor busca rentabilidade para o seu capital e a absoluta clareza em relação aos riscos que terá de assumir é fator essencial para a sua tomada de decisão de entrar ou não no negócio. Nesse cenário, a transferência de todos os passivos ambientais para a subconcessionária é medida que se revela como a mais adequada para a subconcessão do Tramo Central justamente porque elimina incertezas e fontes de conflito, o que milita para a atração de interessados.

É certo que essa transferência terá impacto significativo sobre o custo do projeto, reduzindo o valor de outorga, mas esta questão é secundária, se levado em conta que a eliminação de incertezas minimiza futuros impasses contratuais e, por conseguinte, favorece a regular execução contratual e o cumprimento dos prazos pactuados.

Não se argumente que a decisão de repassar, ou não, integralmente os passivos ambientais para o licitante vencedor estaria na esfera discricionária do gestor público. Os impactos evidentes dessa decisão sobre a competitividade do certame afastam essa pretensa liberdade discricionária. Não pode o gestor optar por solução que implique redução da competitividade do certame, tendo ele disponível solução que a amplie, com evidentes vantagens também para a futura execução contratual.

Compete ao TCU velar pela efetiva competição na licitação a ser realizada, razão pela qual o Ministério Público de Contas pugna por 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 aos passivos ambientais sejam integralmente transferidas para a subconcessionária, incluídos os passivos cujos fatos geradores sejam anteriores à data de assunção do contrato.**”

107. Reputo louvável a preocupação do membro do Ministério Público de Contas em propor medidas que melhor delimitem as responsabilidades das partes quanto aos passivos ambientais, de modo a reduzir as incertezas contratuais frequentemente observadas em contratos de concessão. A mesma racionalidade se aplica às invasões de faixa de domínio, sendo que, nesse caso, o mapeamento das situações de desconformidade é ainda mais objetivo e de conhecimento da Valec.

108. A dúvida recai sobre a melhor forma de fazê-lo, visto que este Tribunal deve velar pela competência do Poder Concedente. De forma diversa do membro do MPTCU, entendo que a decisão de transferir integralmente os riscos relativos aos passivos ambientais à subcontratada é decisão discricionária do gestor, a qual deve ser bem motivada, já que a lei não prescreve um exato modo de proceder.

109. Não se pode perder de vista que a imposição à subconcessionária de riscos excessivos e possivelmente incalculáveis certamente será precificada pelo mercado. Ou seja, a competitividade e a objetividade precisam ser equilibradas com valores como a eficiência, a modicidade das tarifas e a viabilidade econômico-financeira da concessão.

110. Rememoro ainda que os passivos ambientais derivam de fatos extracontratuais, causados principalmente pelas empreiteiras contratadas pela Valec para a construção da ferrovia. De certo, há instrumentos jurídicos que ainda regem as responsabilidades da interveniente subconcedente e de suas contratadas por esses fatos pretéritos, os quais devem ser levados a termo.

111. Sabe-se que a missão constitucional deste TCU transita pela convergência de atos e contratos aos estritos ditames da lei. Sempre que a norma prescreve a forma de agir e os requisitos exigíveis, o Tribunal determina seu cumprimento. Por outro lado, ao perscrutar a eficiência e a efetividade, em geral recomenda a adoção de melhores práticas.

112. Como se observa, existe motivação suficiente e razoável, razão pela qual a decisão discricionária do gestor deve ser acatada por este Tribunal. Isso não significa afirmar que se trata do mecanismo mais correto ou eficiente para o contrato, pois só poderemos realizar tal avaliação ao longo ou ao final do contrato de subconcessão.

113. Estando diante de uma opção regulatória razoável e motivada, cujos potenciais problemas indicados pelo *Parquet* também podem ser mitigados por meio de atuação adequada da entidade reguladora, este Tribunal deve depositar confiança na escolha realizada pelos agentes competentes.

114. Desse modo, acolho a proposta do MPTCU quanto a essa questão sob a forma **recomendação** à ANTT que 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 por meio do instituto legal da sub-rogação, incluídos aqueles cujos fatos geradores sejam anteriores à data de assunção do contrato.

115. Considerando que veio aos autos a notícia da existência de rol de desconformidades já catalogados pela Valec, em sintonia com o princípio da transparência sobre a questão e à luz do disposto na Lei 8.987/1995, art. 18, incs. II, XI e XV, cumpre **determinar** à Agência que dê publicidade ao rol de passivos ambientais e invasões de faixa de domínio já catalogados ou de conhecimento da interveniente subconcedente (Valec) e da Agência, esclarecendo, por meio de regra editalícia e contratual, sobre a possibilidade de que tais problemas possam se refletir na operação da subconcessionária.

116. A racionalidade dessas orientações decorre da necessidade de se buscar maior objetividade na formulação das cláusulas contratuais quando envolvem riscos de impactos futuros incertos. Frequentemente, o Tribunal tem constatado os efeitos perversos de infundáveis discussões acerca de obrigações contratuais mal delimitadas no momento de formulação do contrato.

117. Com as medidas propostas, busca-se evitar imbróglis contratuais por meio do estabelecimento de regras claras e objetivas desde o edital. Ademais, ao dar publicidade e transparência às questões, o Poder Público permite que os potenciais licitantes considerem os passivos e desconformidades já conhecidos em suas propostas.

118. Prosseguindo no exame, apesar de não abordado pela unidade instrutora ou pelo MPTCU, acrescento considerações acerca de outro dispositivo da matriz de riscos, que atribui obrigações ao Poder Concedente e isenta a subconcessionária dos impactos oriundos de determinados eventos (destaquei):

“27.2 A Subconcessionária **não** é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Subconcessionária, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(...)

(b) decisão arbitral, judicial ou administrativa ou **qualquer ação que imponha à Subconcessionária qualquer restrição operacional**, exceto nos casos em que a Subconcessionária tenha dado causa à sua materialização;”

119. De imediato se observa que a redação da regra é incrivelmente abrangente, sendo possível interpretar que as consequências de qualquer “ação”, independentemente de sua fonte ou origem, até mesmo privada, que imponha qualquer espécie de restrição operacional, deverá ser suportada pelo Poder Concedente e acarretará reequilíbrio econômico-financeiro em favor da futura operadora da malha.

120. Esta regra me soa absolutamente incoerente com a repartição de riscos entre os agentes público e privado, isto é, com os objetivos legais da concessão de serviço público. Ora, é sabido que qualquer atividade empresarial está sujeita ao dinamismo de mercado, que inclui mudanças de regramento pontuais ou mesmo abrangentes que de alguma forma possam impor restrição operacional.

121. No caso do setor ferroviário, poder-se-ia imaginar: restrições de tráfego em determinados horários por imposição municipal ou regional, acidentes de origem puramente privada, estabelecimento de regras de transporte que, direta ou indiretamente, restrinjam a capacidade de carga, evoluções e involuções advindas de disposições de segurança ferroviária com impacto sobre a capacidade operacional, assim como restrições decorrentes do exercício do direito de passagem ou tráfego mútuo por concessionárias adjacentes – problema já tratado neste Voto e que, logicamente, não será causado pela subconcessionária da FNSTC.

122. Ora, são tantos os riscos puramente empresariais derivados de ações privadas, administrativas ou judiciais que imponham qualquer tipo de restrição operacional, que se torna concretamente desarrazoado impor toda a responsabilidade ao Poder Concedente. Seria o mesmo que admitir o Poder Público como sócio dos riscos empresariais, o que obviamente não é objetivo de uma concessão de serviço público.

123. Por outro lado, entendo que, embora mal redigido, o dispositivo busca resguardar o subconcessionário em relação a restrições supervenientes a que não tenha dado causa, de magnitude representativa, que desequilibrem a avença inicialmente pactuada e que, especialmente, advenham de eventos atinentes à **álea econômica extraordinária**.

124. Há que se sopesar essa situação com a necessidade de atribuir ao particular a responsabilidade por suportar a álea ordinária empresarial, o puro risco do negócio, por ser indissociável da atividade empresária e alheia ao setor público.

125. Veja-se que a Lei 8.666/1993, aplicável às licitações e aos contratos para concessão de serviços públicos por força de seu art. 124, ao tratar sobre reequilíbrio econômico-financeiro, assim dispõe:

“Art. 65. **Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados**, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, **na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado**, ou, ainda, **em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe**, configurando **álea econômica extraordinária e extracontratual**.”

126. Fica claro, portanto, que o risco não atribuível ao contratado é aquele que, genericamente, está **fora da capacidade típica de previsão ou gestão do particular e/ou configura álea econômica extraordinária e extracontratual**.

127. Ainda que o conceito traga luz sobre a matéria, reconheço que em muitos casos é difícil discernir sobre o que seria álea contratual ou extracontratual, configurando linha tênue e subjetiva entre os dois campos jurídicos.

128. Para mitigar riscos e dubiedades dessa natureza e separar de forma objetiva as responsabilidades contratuais de cada parte, é preciso aperfeiçoar a redação da regra, tornando-a mais clara, previsível, justa e eficiente, à luz dos princípios regentes da Administração Pública, amoldando-a ao disposto art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993.

129. Em outros setores de infraestrutura, tem se tornado praxe a definição mais precisa de eventos dessa natureza e que indicam justeza de se promover o reequilíbrio econômico-financeiro, atribuindo-se o respectivo risco ao Poder Concedente.

130. No domínio aeroportuário, por exemplo, a repartição de riscos foi recentemente aperfeiçoada nesse sentido, conforme minuta de “Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos Integrantes dos Blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste”, da Agência Nacional de Aviação Civil, disponibilizada em seu sítio na internet como subsídios à Audiência Pública 11/2018 (disponível em: <http://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias-encerradas/audiencias-publicas-encerradas-de-2018>. Acesso em 2/8/2018), com grifos meus:

“Seção I – Dos Riscos do Poder Concedente

5.2. Constituem **riscos suportados pelo Poder Concedente**, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, **desde que impliquem alteração relevante de custos ou receitas da Concessionária, nos termos do item 6.24 deste contrato**:

(...)

5.2.3. **impedimento ou redução do processamento de passageiros, aeronaves ou cargas** no aeroporto decorrentes de ação imprevista ou de omissão de órgãos públicos, exceto se decorrente da fato imputável à Concessionária.

(...)

5.2.8. ocorrência de eventos de **força maior ou caso fortuito**, **exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras**, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento.”

131. O condicionante a que alude o subitem 5.2 da minuta contratual (item 6.24) trata da necessidade de que o impacto dos eventos de risco mencionados seja maior que um determinado

patamar de relevância financeira, abaixo do qual o risco é contratualmente atribuído ao concessionário aeroportuário:

“Seção IV - Da Revisão Extraordinária

6.24. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no CAPÍTULO V – Seção I do Contrato, **desde que impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária, nos termos descritos nos itens a seguir:**

6.24.1. Para efeitos do disposto no *caput*, **será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% (um por cento) da receita bruta anual média da Concessão referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.**

(...)

6.24.3. Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, **considera-se o percentual a que se refere o item 6.24.1 para cada evento de forma isolada.**”

132. Ou seja, além de a repartição de riscos ser muito mais objetiva, é preciso que o impacto dos eventos alcance um piso de relevância econômico-financeira de 1% frente às receitas do operador aeroportuário para poder ser admitido para fins de reequilíbrio contratual, não sendo possível somar eventos isolados para atingimento do patamar mínimo.

133. Em tese, me parece uma regra saudável e justa, dados os custos administrativos de processamento de pedidos de reequilíbrio, além da impossibilidade de se prever uma série de eventos pulverizados que podem ter impacto positivo ou negativo na operação do serviço público outorgado, especialmente os de origem mercadológica, tecnológica ou outros tantos de ordem estritamente privada.

134. Ademais, a regra em comento impõe que o evento cause **impedimento ou redução efetiva do processamento de passageiros, aeronaves ou cargas** no aeroporto, no caso de ações imprevistas ou de omissão de órgãos públicos, exceto se decorrente de fato imputável à concessionária.

135. Trata-se de detalhe importante, pois a redução na capacidade de geração de receitas é que deve ser observada, eis que impacta diretamente o particular, e não a mera restrição da capacidade instalada. Deve-se ponderar na situação a ociosidade das instalações, já que nem toda restrição de capacidade operacional significa redução efetiva de operações, pois o evento pode incidir de forma a reduzir a capacidade operacional não utilizada, isto é, capacidade instalada ociosa.

136. Outra possibilidade diferente do estabelecimento de patamar mínimo de impacto financeiro sobre a receita, acima mencionada, é o estabelecimento de bandas de variação na restrição ou ampliação operacional, como utilizado em algumas concessões de âmbito estadual. Assim, quaisquer eventos que impactem negativa ou positivamente a capacidade instalada em até determinado percentual devem ser considerados riscos do particular, associados ao negócio, e qualquer evento cujo impacto ultrapasse a banda percentual estabelecida ensejaria recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

137. Veja-se que a própria Agência Nacional de Transportes Terrestres adota modelo mais objetivo nas concessões rodoviárias. Ao recentemente apreciar o processo de acompanhamento do primeiro estágio de desestatização da Rodovia de Integração do Sul (Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário), de minha relatoria, observei que a minuta daquele contrato estabelece, em situação muito semelhante, o seguinte (TC 028.343/2017-4, peça 17, com destaques meus):

“20.2 **O Poder Concedente é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão:**

(...)

20.2.2 decisão arbitral, judicial ou administrativa **que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato**, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão;

(...)

20.2.4 **caso fortuito ou força maior, desde que o fato gerador não seja segurável no Brasil, no momento da contratação/renovação da apólice por, no mínimo, duas seguradoras;**”

138. Novamente, não é qualquer fato de origem arbitral, judicial, administrativa ou privada que se prestará a transferir ao Poder Concedente a responsabilidade. De forma semelhante ao setor aeroportuário, é preciso que o evento gere impacto relevante na receita da concessionária, hipótese caracterizada, no caso concreto, como impedimento ou impossibilidade de cobrança de Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la.

139. Outra modalidade de risco atribuído ao Poder Concedente advém da ocorrência de caso fortuito ou força maior, à luz do disposto no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, que por si só considera eventos muito mais restritos que “qualquer ação que imponha à Subconcessionária qualquer restrição operacional” (redação adotada na minuta de contrato da FNSTC), e, ademais, desde que tais eventos não sejam seguráveis nas condições referidas, hipótese em que o risco se transfere ao mercado securitário e, obviamente, a situação é precificada na proposta do licitante vencedor.

140. Ao fim e ao cabo, o que se busca demonstrar é que a alocação de risco em tela (subitem 27.2.b da minuta contratual), tal como posta, sobrecarrega desproporcionalmente a responsabilidade do Poder Concedente e lhe atribui o encargo de avaliar, processar, celebrar e arcar com os custos contratuais e administrativos de reequilíbrios econômico-financeiros decorrentes de “**qualquer ação** que imponha à Subconcessionária **qualquer restrição operacional**”, o que, evidentemente, não é o espírito da Lei 8.666/1993, aplicável às concessões de serviços públicos.

141. Tal redação tampouco está adequada aos objetivos da concessão de serviço público *lato sensu*, a qual pressupõe que a delegação da prestação do serviço deve ser feita à pessoa jurídica que demonstre capacidade de desempenho da atividade por sua conta e risco (Lei 8.987/1995, art. 2º, inc. II).

142. Portanto, em respeito à repartição de riscos definida pelo Poder Concedente e delineada na minuta contratual, não se trata de determinar sua modificação, mas seu aperfeiçoamento à luz do arcabouço jurídico e da clareza redacional, tendo em vista a necessidade de conferir razoável segurança jurídica para ambas as partes. Alternativamente, poderá a ANTT apresentar fundamentos suficientes e sindicáveis que justifiquem o intento da cláusula 27.2.b da minuta do contrato da forma como está redigida.

143. Assim, **determino** à ANTT que adeque 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, ou, alternativamente, apresente a este Tribunal os fundamentos técnicos e jurídicos que justifiquem a manutenção da redação atual da cláusula 27.2.b da minuta de contrato.

V – DOS RISCOS NO PROCESSO DE ASSUNÇÃO DA INFRAESTRUTURA

144. Nesta seção, passo a abordar dois pontos não tratados pela SeinfraPortoFerrovia, mas que reclamam providências em razão da experiência adquirida em concessões anteriores retratadas na jurisprudência da Casa.

145. A primeira questão refere-se ao processo de levantamento dos bens da subconcessão, caracterizados como reversíveis, isto é, considerados indispensáveis à continuidade da prestação dos serviços relacionados à subconcessão e que serão revertidos à União ao término do contrato.

146. Conforme leciona Floriano de Azevedo Marques Neto (Bens Públicos: Função Social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 170):

“De antemão, sabe-se que o domínio destes bens está condicionado à continuidade da prestação do serviço por seu titular. Extinta a delegação, é dizer, cessada a validade do título autorizador da prestação, o bem não mais pertencerá ao delegatário. Não por punição, mas por terem sido seus custos amortizados ou mesmo por ter sido o bem originalmente de propriedade do poder concedente. Assim será pelo fato de que, no caso dos bens reversíveis, a afetação é predominante sobre a titularidade.”

147. O processo de catalogação dos bens da subconcessão, que incluem os reversíveis cuja posse é transferida pela interveniente subconcedente (Valec), está assim definido na minuta contratual (peça 65, grifei):

“3 Bens da Subconcessão

3.1 Composição

(...)

(ii) Os **bens integrantes da Subconcessão** compreendem:

(a) todos os bens de propriedade da Subconcessionária, adquiridos e construídos para a execução do Contrato;

(b) todos os bens da Ferrovia cuja posse foi transferida pela Interveniente Subconcedente à Subconcessionária;

(c) todos os bens adquiridos, arrendados e locados de terceiros pela Subconcessionária para a execução do Contrato; e

(d) todos os bens decorrentes de investimentos realizados por Usuários na Ferrovia, em razão do objeto da Subconcessão.

(...)

(vii) A Subconcessionária obriga-se, no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contados a partir da Data de Assunção, **a realizar o inventário dos Bens da Subconcessão** e a mantê-lo devidamente atualizado, disponibilizando acesso permanente e ininterrupto à ANTT.”

148. Ou seja, a minuta contratual atribui à futura subconcessionária o direito e a obrigação de realizar o levantamento de todos os bens da subconcessão, **inclusive os reversíveis**, o que de plano traz grande potencial de conflito de interesses entre o Poder Concedente e a contratada, no ato de inventariar e avaliar os bens da subconcessão quanto ao valor e estado em que se encontram. Em outras palavras, remeter ao particular a atribuição de realizar esta aferição é delegar a quantificação dos bens e valores públicos envolvidos.

149. Não é preciso ir muito adiante para constatar o potencial risco moral (do inglês *moral hazard*) derivado da assimetria informacional em prejuízo da União (que, ao que tudo indica, ainda não definiu o estoque de bens reversíveis) e em favor da subconcessionária.

150. Ademais, o arranjo contratual pode gerar conflito agente-principal, pois o interessado na melhor avaliação dos bens reversíveis (União, na condição de principal) previu delegar a tarefa para o subconcessionário (agente), que pode agir conforme seus próprios interesses, diversos dos objetivos da União.

151. Como experiência pretérita, rememoro que, quando das concessões do setor de telefonia no final da década de 1990 (privatização das empresas do Sistema Telebrás), não houve avaliação específica nem pagamento do valor patrimonial dos bens empregados no serviço, já que a precificação

se baseou no fluxo de caixa e na geração de receitas futuras das empresas (v.g. Voto condutor do Acórdão 3.311/2015-TCU-Plenário).

152. Nos contratos firmados à época, apesar de haver previsão de arrolamento dos bens, na prática ocorreu que os documentos trouxeram apenas uma relação de categorias de bens, de forma bastante generalista, sem defini-los. Por ocasião do Acórdão 2.468/2010-TCU-Plenário, o Tribunal já havia apontado as dificuldades enfrentadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para disponibilizar informações básicas sobre o controle de bens reversíveis.

153. Ao tratar do setor de telecomunicações, menciono apenas as decisões acima para não me delongar sobre o tema, que é de conhecimento público. Vale destacar, porém, que o resultado da falta de especificação dos bens reversíveis à época das concessões levou à situação de fragilidade na determinação do rol de bens reversíveis e à confusão patrimonial entre bens do acervo das concessionárias e bens da União, sem falar nos problemas decorrentes de alienação de ativos sem haver a certeza da reversibilidade ou não, os decorrentes da obsolescência, dentre outros.

154. Problemas semelhantes também foram observados, por exemplo, no setor elétrico, conforme retratado nos Acórdãos 3.012/2011, 1.042/2012, 3.149/2012 e 676/2013, todos do Plenário desta Casa.

155. Curioso notar que a própria ANTT, ao elaborar contratos de concessão rodoviária, adota postura mais cuidadosa, de forma semelhante à tratada anteriormente neste Voto a respeito da repartição de riscos atinentes à álea econômica extraordinária.

156. A partir do já mencionado processo de acompanhamento do primeiro estágio de desestatização da Rodovia de Integração do Sul (Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário), de minha Relatoria, observei que a minuta de contrato estabeleceu, em situação semelhante, o seguinte (TC 028.343/2017-4, peça 17, com destaques meus):

“4 Bens da Concessão

4.1 Composição

4.1.1 Integram a Concessão os **Bens da Concessão** a seguir indicados, cuja posse, guarda, manutenção e vigilância são de responsabilidade da Concessionária:

(i) o Sistema Rodoviário, conforme alterado durante o Prazo da Concessão, de acordo com os termos do Contrato;

(ii) todos os bens vinculados à operação e manutenção do Sistema Rodoviário:

(a) transferidos à Concessionária, conforme listados no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens; e

(b) adquiridos, arrendados ou locados pela Concessionária, ao longo do Prazo da Concessão, que sejam utilizados na operação e manutenção do Sistema Rodoviário.

4.2 Assunção do Sistema Rodoviário

4.2.1 O Sistema Rodoviário e os bens mencionados na subcláusula 4.1.1(ii)(a) serão transferidos à Concessionária mediante a assinatura de Termo de Arrolamento e Transferência de Bens entre a Concessionária, o DNIT e a ANTT, cujo modelo integra o Anexo 1.

(i) O Termo de Arrolamento e Transferência de Bens:

(a) deve ser firmado em 30 (trinta) dias a contar da publicação do extrato do Contrato no DOU.

(...)

4.2.3 A Concessionária declara ter conhecimento da natureza e das condições dos Bens da Concessão que lhe serão transferidos pela União na Data da Assunção.

157. A minuta contratual trazia modelo de anexo em que as partes firmam o termo de arrolamento e transferência de bens **devidamente arrolados (individualizados)**.

158. Naturalmente, o nível de detalhe do levantamento de bens reversíveis deve guardar correspondência com a complexidade patrimonial e a padronização do acervo que se transfere. A leitura das peças dos autos indica que ficará a cargo da subconcessionária a implantação de equipamentos operacionais (sinalização, redes de telecomunicações, terminais, postos de abastecimento e oficinas, por exemplo), logo depreende-se que a infraestrutura transferida será basicamente a linha férrea (padronizada) e, não menos importante, obras de arte especiais (pontes, viadutos, túneis, passagens de nível e outros ao longo do traçado) construídas pela Valec, conjunto considerado indispensável à continuidade da prestação dos serviços de transporte ferroviário.

159. Novamente, como não se detém o rol de bens reversíveis a serem transferidos, não é possível firmar certeza a respeito, limitando-se tal conclusão à lógica dos elementos juntados aos autos.

160. Se a premissa de que os bens reversíveis indispensáveis à prestação do serviço, neste caso, são constituídos por linha férrea e obras de arte especiais (o que por ora é apenas uma inferência), uma **possibilidade** de levantamento a fim de bem caracterizá-los seria realizar verificação com carro-controle, ou equipamento equivalente, das especificações técnicas de todos os trechos com superestrutura concluída, e registro com imagens georreferenciadas de adequada resolução de todo o trecho a ser subconcedido, incluindo a faixa de domínio da ferrovia, com o objetivo de verificar as condições de entrega dos trechos, além de proporcionar um registro preciso da ferrovia antes de sua assunção pela subconcessionária (conforme proposta contida na auditoria objeto do TC 012.500/2018-6, ainda não apreciado pelo Plenário).

161. A meu ver, não parece necessária a realização prévia de um inventário completo e minudente, com todo detalhamento técnico necessário, visto que isso será feito pela subconcessionária. Mas julgo ser o caso de se realizar levantamento preliminar, com enfoque nos bens de maior relevância, e com nível de precisão apenas suficiente para dar maior segurança jurídica a todas as partes interessadas e, principalmente, facilitar o controle posterior que será feito pelo Poder Público sobre o inventário apresentado pela subconcessionária.

162. Outro aspecto notável é que, enquanto a linha férrea goza de razoável padronização, sendo devido apor atenção maior apenas sobre o que foge do padrão, ou seja, sobre as desconformidades técnicas já conhecidas e outras porventura existentes, no caso das obras de arte especiais é preciso definir seu estado de conservação e características técnicas, dada a singularidade de cada uma delas.

163. Ante o exposto, deve-se **determinar** à Valec que, como condição à celebração do contrato de subconcessão e à assunção da subconcessão em tela, realize o levantamento e avaliação mínima, em termos de especificações técnicas, estado de conservação e operação e eventuais desconformidades, 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 ou em seus 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 pela Lei 10.233/2001, 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.

164. De certo, o monitoramento desta deliberação permitirá ao Tribunal avaliar se o nível de detalhe do levantamento promovido estará adequado ao caso concreto.

165. Destaco ainda que o Poder Concedente afirmou em sede de memorial que pretende realizar o aludido levantamento previamente à assinatura do contrato, com descrição do estado de conservação, operação e especificações técnicas dos bens indicados no Termo de Recebimento Provisório, conforme previsto em instrumentos contratuais (peça 96, p. 48).

166. Ademais, dissinto da consideração colocada pelo MPTCU (peça 95, p. 31-34), no sentido de que o levantamento acima referido incluía a precisa delimitação das invasões na faixa de domínio

anteriores à data de assunção e das invasões por terceiros em bens da subconcessão anteriores à data de assunção.

167. Esses aspectos afetam a operação ferroviária, tanto que foram objeto de determinações, mas não alteram quantitativa e qualitativamente os bens reversíveis, considerando-se o objetivo do levantamento (parametrizar devolução e/ou indenizações futuras, por exemplo), portanto não se confundem com o ato de inventariá-los.

168. Entendo que a preocupação de fundo será resguardada com a determinação, já mencionada neste Voto, para que a ANTT dê publicidade ao rol de passivos ambientais já catalogados ou de conhecimento da interveniente subconcedente (Valec) e da Agência.

169. Associada a essa temática, exsurge mais uma situação que deve ser tratada pela ANTT previamente à assinatura do contrato e à assunção do objeto pela futura subconcessionária. Trata-se da situação da **qualidade da infraestrutura ferroviária** construída e, no caso de alguns lotes da Extensão Sul, ainda em obras, mas com problemas já conhecidos deste Tribunal e de outros agentes do setor, inclusive a própria ANTT e a Valec.

170. Além do levantamento do acervo patrimonial reversível preexistente, é imprescindível que os passivos construtivos, ambientais e as inconformidades técnicas já conhecidas sejam explicitadas no edital e nos instrumentos contratuais, porque notadamente não se trata de vícios ocultos.

171. Busca-se evitar quaisquer alegações futuras de desconhecimento dessas pendências, as quais têm potencial de gerar pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro com grande assimetria informacional. Um exemplo já foi mencionado neste Voto e trata da situação da brita fora das especificações nos lotes 5S e 5SA.

172. Há, no entanto, diversos outros os casos de desconformidade técnica já identificados em fiscalizações deste Tribunal sobre as obras da Ferrovia Norte-Sul, os quais retratam a existência de risco de engenharia nos trechos a serem transferidos à exploração privada, a exemplo dos tratados nos Acórdãos: 222/2018, 2.313/2015, 673/2013, 754/2013, 1.103/2013, 2.174/2013, 1.978/2012 e 2.433/2011, todos do Plenário do TCU.

173. Novamente, a experiência de concessões federais em diversos segmentos nos mostra que a transferência de infraestruturas aos particulares sem o conhecimento e publicidade de eventuais passivos construtivos e ambientais tem levado a desequilíbrios nas avenças e, conseqüentemente, a constantes pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro que trazem, consigo, os riscos materiais e contratuais de praxe.

174. Um exemplo é a situação por vezes verificada no setor rodoviário, quando a União realiza a concessão de trechos com obras em andamento pelo Departamento de Infraestrutura de Transportes (Dnit). À semelhança da FNSTC, são situações em que uma parte da infraestrutura está pronta e outra está em construção e será entregue ao futuro delegatário.

175. Muito frequentemente, defeitos construtivos identificados quando do recebimento das obras pelo concessionário ensejam substanciais pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro com a finalidade de adequar as novas obras aos padrões de qualidade do contrato de concessão, os quais não se submetem a qualquer processo competitivo e não raro distorcem o objeto inicialmente licitado e os ganhos oriundos do processo competitivo.

176. A Lei 8.987/1995 dispõe, em seu art. 18, que o edital de licitação observará as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente (grifei):

“II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

(...)

VII - os direitos e **obrigações** do poder concedente e **da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do**

serviço;

(...)

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;

(...)

XV - **nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização**, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;”

177. Ainda que tais dispositivos legais não se enquadrem perfeitamente no caso em tela, a leitura integrada deles evidencia a inegável intenção do legislador de que o edital e, conseqüentemente, o contrato, deverão dar publicidade: (i) às condições necessárias à prestação adequada do serviço; (ii) às obrigações da concessionária sobre alterações futuras na infraestrutura; (iii) às condições em que os bens reversíveis (dentre os quais os trechos construídos sob a gestão da Valec) serão postos à disposição do subconcessionário que os explorará; e (iv) os dados relativos à obra que eventualmente precederão à concessão e que, naturalmente, são indissociáveis de seu objeto, de forma a permitir sua plena caracterização.

178. É sabido que esses segmentos padecem de defeitos construtivos e passivos ambientais de conhecimento da Valec e da ANTT, ao menos os explicitados por trabalhos de fiscalização do Tribunal, que não podem ser considerados ocultos.

179. Em suma, da forma como está previsto na minuta contratual, vislumbro grandes riscos à União no processo de transferência ao particular do acervo patrimonial construído sob a gestão do Poder Concedente e da Valec, sem uma prévia e objetiva definição quantitativa (levantamento de bens reversíveis) – tema já tratado – mas **também qualitativa (mediante publicidade e previsão contratual de aceitação das desconformidades técnicas, construtivas e ambientais conhecidas, isto é, não ocultas)**.

180. Como já afirmei, a omissão em realizar a adequada gestão e contratualização dessas situações previamente às outorgas tem conduzido historicamente a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da União. Isso sem falar na transferência de desconformidades construtivas conhecidas da Administração ao particular, apenas porque não foram adequadamente tornadas transparentes no processo de licitação e contratualização.

181. Desse modo, reforço a proposta anterior de determinar à ANTT que dê publicidade editalícia a todos passivos construtivos e ambientais e às inconformidades técnicas que já são de conhecimento da Agência e da Valec, a exemplo dos apontados em processos deste Tribunal de Contas da União e outros apurados internamente.

182. Com a correção dessa assimetria informacional, espera-se que os licitantes precifiquem em sua proposta os ônus e bônus da assunção da infraestrutura com as condições atuais e existentes conhecidas, não sendo razoável que a ANTT remeta para momento futuro o procedimento de compensação financeira contratual por quaisquer dessas desconformidades não ocultas.

VI – DA REGULAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE COMPARTILHAMENTO DE MALHA

183. Ao constituir ligação entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP, a FNSTC cruza e conecta diversas regiões de vocação agrícola e industrial do Brasil, com alto potencial de coleta de cargas, porém não possui acesso aos portos com vistas à exportação, destino de parte relevante dos produtos que busca transportar.

184. Para alcançar as instalações portuárias de Santos/SP e Itaqui/MA, as cargas coletadas ao longo do Tramo Central da FNS necessariamente precisam transitar por malhas adjacentes,

respectivamente, a Malha Paulista (explorada pela Rumo Logística) e a Ferrovia Norte-Sul - Tramo Norte (concedida à VLI Logística).

185. Ou seja, trata-se de ferrovia que, isoladamente, possui viabilidade econômica condicionada, pois seus limites geográficos não resolvem a necessidade de escoamento da carga para o mercado exportador. Para ser economicamente viável e atrativa, é fundamental que as cargas possam alcançar os portos mediante utilização de malhas de outras operadoras, a tarifas razoáveis e com capacidade operacional disponível para utilização.

186. A problemática do compartilhamento é tão relevante no contexto de outorga do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul que recebeu o segundo maior número absoluto de contribuições na audiência pública promovida (57 manifestações), vencida apenas por assuntos jurídicos (221 contribuições). Dentre os pontos relevantes discutidos na sessão aberta, destaca-se a necessidade do estabelecimento de regras claras para o direito de passagem, ponto considerado crucial pelos participantes para que haja atratividade no leilão, dado que a ausência delas poderia afastar possíveis interessados no certame ou mesmo incutir-lhes uma percepção maior de risco.

187. Caso não haja garantias de preços em bandas competitivas e *slots* disponíveis para exercício do direito de passagem, haveria risco de a licitação se mostrar atrativa apenas para as empresas que já são concessionárias ferroviárias adjacentes e possuem diferencial competitivo, a saber, saída para um porto: a ferrovia Malha Paulista e o complexo Estrada de Ferro Carajás (EFC) e Ferrovia Norte-Sul – Tramo Norte, ou seja, Rumo Logística S.A. e Vale S.A. (controladora da VLI Logística S.A), respectivamente.

188. Por outro lado, eventual proibição de que as mencionadas empresas participem da licitação tampouco se mostra opção interessante, pois haveria sempre a possibilidade da entrada no certame de empresas outras que, seja por controle indireto ou por afinidade empresarial prévia, mantenham laços próximos com os grupos controladores das ferrovias adjacentes, o que acabaria por repolarizar a disputa em torno dos dois grupos empresariais ligados aos setores do agronegócio e da mineração.

189. Se para o mercado é sabido que obstaculizar o ingresso de novos atores no setor ferroviário não é desejável e não se coaduna com os princípios norteadores da concessão de serviços públicos, para o Poder Concedente subsiste o risco de disputa pouco competitiva e conseqüentemente baixo ágio sobre o valor de outorga previsto.

190. Por todo esse contexto, a novel ferrovia pode se tornar economicamente inviável para novos entrantes, uma vez que a demanda não exportadora, pelo menos em médio prazo, não é significativa, e a carga não possui as principais características para o transporte ferroviário: grandes volumes e longas distâncias.

191. Como consequência do modelo de exploração ferroviária vertical adotado no país (outorga da infraestrutura férrea e da operação dos trens a uma só empresa simultaneamente), dificilmente um novo *player* se interessaria pela licitação sem conhecer as condições de acesso aos portos, resultando em ferrovia que poderia transportar apenas cargas com origem e destino no mercado interno e localizado nas cidades adjacentes à malha.

192. Ainda que esteja assegurado o direito de acesso a malhas vizinhas, o monopólio das concessionárias conectadas à rede portuária pode induzir a comportamento oportunista dessas, mediante arbitramento de preços (no sentido da ciência econômica) que podem tornar o tráfego mútuo e/ou o direito de passagem economicamente impraticável frente a outros modais.

193. Veja-se que a competência para solução deste problema está expressamente atribuída à Agência Nacional de Transportes Terrestres na forma da Lei 10.233/2001 (grifei):

“Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:

(...)

V – regular e coordenar a atuação dos concessionários, **assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas** e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes”

194. Para atendimento ao dispositivo, foi editada a Resolução-ANTT 3.695/2011, que destaca a diferença entre direito de passagem e tráfego mútuo, além de estabelecer a preferência do segundo sobre o primeiro modelo de compartilhamento:

“Art. 2º. Para fins desta Resolução, considera-se:

(...)

VI - direito de passagem: a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço (Resolução-ANTT 3.695/2011, art. 2º, inciso VI).

IX - tráfego mútuo: a operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas;

Art. 3º O compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais dar-se-á mediante tráfego mútuo ou, na sua impossibilidade, mediante direito de passagem.

(...)

Art. 14. Na existência de conflito quanto às questões associadas aos investimentos para expansão da capacidade, compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais, as concessionárias ou os usuários de transporte de cargas que se sentirem prejudicados poderão requerer a atuação da ANTT para resolução da questão, em especial:

I - na impossibilidade de acordo comercial entre cedente e requerente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais;

II - na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao valor dos investimentos de expansão de capacidade ou da tarifa de direito de passagem ou tráfego mútuo;

III - na impossibilidade de acordo quanto à comercialização, por parte da cedente, da capacidade ociosa decorrente de investimentos suportados pela requerente e não utilizada por ela;

IV - caso as exigências técnico-operacionais da cedente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais sejam consideradas abusivas pela requerente; ou

V - na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao estabelecimento e cumprimento dos cronogramas de execução das obras de investimento para expansão da capacidade.”

195. A norma também dispõe que o compartilhamento deve se dar mediante pagamento de tarifas livremente pactuadas na forma de Contratos Operacionais Específicos (COEs) firmados entre as (sub)concessionárias. Ao encerrar o regramento do tema, a Resolução remete à ANTT o papel de promover o arbitramento da relação entre as exploradoras apenas em caso de divergências não resolvidas.

196. Ou seja, o direito de passagem já se encontra prescrito em lei e na regulamentação pertinente, assim como em cláusulas de diversos contratos de concessão de ferrovias adjacentes à FNS. Ocorre que, embora formalmente previsto, questão crucial à viabilidade do direito de passagem não está solucionada pela legislação ou pelo regulador: a definição de tetos tarifários e, secundariamente, a reserva de capacidade operacional.

197. Em outras palavras, o modelo existente não mitiga o risco de preços proibitivos e de assimetria informacional sobre a capacidade disponível para compartilhamento, em razão dos conhecidos monopólios naturais do setor ferroviário e das assimetrias informacionais de que sofre o regulador. A única saída seria provocar a ANTT para dirimir os conflitos que surgirem.

198. Dessa feita, sem regulação efetiva sobre tarifas-teto e garantia de disponibilidade de capacidade, *players* independentes – os quais não possuem qualquer tipo de arranjo estratégico-comercial prévio com as concessionárias atuais –, potenciais interessados na FNSTC, poderão sofrer, de alguma forma, custos mais elevados para garantir acordos de passagem de sua carga pelas ferrovias adjacentes.

199. Conclui-se assim que seria de suma importância que a Agência estabelecesse regras objetivas para garantir a passagem dos trens da novel subconcessão pelas ferrovias adjacentes que dão acesso aos portos para exportação, especialmente no que respeita a tarifas-teto e capacidade disponível, de modo a reduzir condições assimétricas de concorrência e de lance no certame. Esses pontos não se encontram resolvidos pela Resolução-ANTT 3.695/2011.

200. O tema ganha evidência adicional em razão das características geográficas peculiares da FNSTC, o que ressalta o benefício de se providenciar tratamento regulatório prévio à publicação do edital da outorga.

201. Diligenciada para informar qual solução seria adotada para garantir o direito de passagem da futura subconcessionária em ferrovias adjacentes, a Agência informou ter optado pela celebração de termos aditivos aos contratos de concessão vigentes com as cinco operadoras adjacentes ao trecho a ser subconcedido, fazendo constar nesses instrumentos as diretrizes operacionais e os parâmetros técnicos a serem cumpridos pelas concessionárias, bem como o valor máximo de referência para a tarifa de direito de passagem. Aduziu que, respeitadas as condições-limite postas nestes aditivos, o futuro subconcessionário da FNSTC poderá negociar tarifas diferenciadas com razoável liberdade e firmar Contratos Operacionais Específicos (COEs) com cada ferrovia adjacente.

202. A ANTT encaminhou também as Notas Técnicas 34, 35, 36 e 37 (peça 80) com a descrição da metodologia utilizada, assim como os respectivos cálculos, para a definição dos tetos-tarifários a serem pactuados junto às concessionárias Rumo Malha Paulista (RMP), Estrada de Ferro Carajás (EFC), Ferrovia Transnordestina Logística (FTL) e MRS Logística (MRS), respectivamente.

203. Complementou que buscaria a assinatura dos termos aditivos de forma consensual, porém, caso as concessionárias se recusem a assiná-los, a ANTT afirma que, no exercício de sua missão institucional e de forma a preservar o interesse público, celebrará unilateralmente tais instrumentos, tendo em vista a necessidade de garantir o direito de passagem dos trens provenientes da FNSTC com destino aos portos.

204. Por fim, explicou que as tarifas de referência calculadas (teto-tarifário) apresentam-se, em alguns casos, inferiores às tarifas constantes da modelagem econômico-financeira já apresentada, o que resultará em acréscimo do valor de outorga da FNSTC.

205. Em exame técnico do tema, a SeinfraPortoFerrovia conclui que a ANTT promoveu certo avanço na sistemática até então prevista, pois ao menos houve a definição de condições de contorno (tarifas máximas do direito de passagem) a serem pactuadas, de forma que a subconcessionária vencedora saberá quais são as piores condições (preços máximos) para exercer o direito de passagem.

206. Por isso, a unidade instrutora propõe determinar que a Agência se abstenha de publicar o edital da subconcessão da FNSTC sem incluir, no conjunto de documentos que o comporão, os termos aditivos aos contratos firmados com as demais concessionárias que prevejam as condições para o exercício do direito de passagem.

207. Já com relação à metodologia da ANTT para cálculo da tarifa-teto do direito de passagem para cada malha adjacente, a unidade instrutora apontou que as simplificações adotadas nas premissas para sua definição, as quais servirão de condições de contorno para a celebração de COEs entre as concessionárias, não impedem o prosseguimento do certame, motivo pelo qual entendeu não caber intervenção do TCU a respeito.

208. Em exame do mérito, reputo adequados os exames empreendidos pela unidade instrutora, cabendo acolher as propostas de **determinação** em apreço e os ajustes pertinentes, em que pese defenda que o tema mereça tratamento estrutural de parte do regulador do setor ferroviário, nos termos que passo a expor.

209. As preocupações que rondam o tema foram bem colocadas pelo ilustre Procurador do MPTCU (peça 95, p. 18-22, com destaques do original):

“Não parece razoável esperar que as falhas hoje observadas pelos atores do setor atinentes à falta de efetivação do direito de passagem ou do tráfego mútuo se resolvam sem a construção de um ambiente regulatório necessário para tal. Afigura-se pouco crível que o simples oferecimento de esclarecimentos por parte da ANTT, em relação a sua atuação futura, induzirá a criação de um ambiente de disputa com ampla concorrência, no qual todos os potenciais interessados tenham segurança jurídica suficiente para ofertar os seus lances. A mera sinalização de que a questão será tratada no futuro, em vez de proporcionar segurança, confirma a falta de segurança para todos os possíveis interessados, com exceção da VLI e da Rumo, que já contam com situação resolvida em relação a esse quesito.

A efetivação ou não do direito de passagem não é um problema teórico. Esse direito depende das condições operacionais concretas da regulação estatal, o que ainda não ocorre. As estatísticas atuais de direito de passagem parecem indicar o contrário, mas não refletem a realidade do problema existente. A uma, porque grande parte do direito de passagem hoje operacional se dá entre empresas do mesmo grupo. A carga da Malha Norte operada pela Rumo trafega em regime de direito de passagem ou de tráfego mútuo pela Malha Paulista, controlada pelo mesmo grupo econômico. O mesmo ocorre com a carga da VLI ao trafegar pela Estrada de Ferro Carajás. Apenas os pequenos trechos da MRS para acesso ao Porto de Santos e da Malha Nordeste para acesso ao Porto de Itaquí oferecem realmente uma solução de direito de passagem efetiva e operacional, resultado do esforço da agência reguladora, mas também de acordo entre as empresas envolvidas.

(...)

Desse modo, permanecerão sem definição as condições para o exercício do direito de passagem quando a carga captada pela futura subconcessionária tiver origem ou destino ao longo das malhas ferroviárias adjacentes, isto é, quando se tratar de demanda doméstica. Nesse caso, as tarifas de direito de passagem serão objeto de negociação entre as partes, conforme o regramento contido na Resolução ANTT 3.695/2011, que, na ausência de uma atuação mais firme da agência reguladora, tem se mostrado insuficiente para garantir o efetivo exercício do direito de passagem pelas concessionárias de ferrovias, como visto acima. Se a negociação entre as partes resta frustrada, se se chega a um impasse, o direito de passagem simplesmente não acontece, não pode ser exercido. Isso dá poder à concessionária monopolista de inviabilizar um direito previsto em lei e em regulamento, o que piora a eficiência econômica do modal, pois impede qualquer tipo de concorrência intramodal.

A falta de definição de uma tarifa máxima para o direito de passagem no caso de demanda doméstica é um problema central, principalmente quando se tem em vista a previsão de que, no período de 2019 a 2028, mais de 53% da carga transportada pela FNSTC no sentido norte (passando pela FNSTN) não passará pela FTL, ou seja, não terá como destino o Porto de Itaquí/MA (cf. Tabela 12 à peça 85, p. 39). No sentido sul, nos dois primeiros anos da subconcessão (2019 e 2020), a carga que não passará pela MRS, não se destinando, pois, ao Porto de Santos/SP, deverá ser superior a 80% da carga da FNSTC transportada ao longo da Rumo Malha Paulista (cf. Tabela 13, à peça 85, pp. 39/40).

A importância da demanda doméstica para a subconcessão em exame foi realçada no Caderno de Demanda da Ferrovia Norte-Sul - Trecho Porto Nacional/TO – Estrela D’Oeste/SP, como se verifica do seguinte excerto do referido documento (peça 70, p. 59, grifou-se):

(...)

Assim, dada a relevância do mercado doméstico para a subconcessão da FNSTC, não é aceitável que a ANTT fixe apenas as condições comerciais e operacionais do direito de passagem envolvendo os fluxos de cargas destinados ao comércio internacional e não assegure, desde logo, o

direito de passagem da futura subconcessionária quando se tratar de carga voltada ao mercado doméstico.

A ausência de definição de **tarifa-teto do direito de passagem e de reserva de capacidade operacional** para a carga doméstica da FNSTC traz prejuízos evidentes à competitividade e à economicidade do leilão da subconcessão, pois o cenário de acentuada incerteza quanto às condições que constarão dos Contratos Operacionais Específicos (COEs) a serem ou não celebrados pela futura subconcessionária com cada uma das concessionárias das ferrovias adjacentes (art. 6º da Resolução ANTT 3.695/2011) contribui de forma decisiva para reduzir a atratividade do certame por parte de potenciais interessados ou para reduzir o valor da outorga.

A unidade técnica, ciente desse problema, propôs recomendação à ANTT “para que avalie, previamente à publicação do edital da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, o impacto às condições isonômicas de precificação e de lance entre os potenciais licitantes, com relação à existência de parcela de fluxos de carga doméstica a serem transportadas em regime de direito de passagem que não foram consideradas nas minutas de termos aditivos aos contratos das ferrovias adjacentes e, caso verifique prejuízo à competitividade do certame, fixe os parâmetros de tarifas-teto e de reserva de capacidade nas ferrovias” (peça 85, p. 40).

Ao ver do Ministério Público de Contas, o prejuízo à competitividade do certame é evidente e grave, de modo que, em vez de recomendação para que a ANTT avalie esse prejuízo, deve-se, desde logo, expedir **de determinação à agência reguladora, para que, previamente à publicação do edital da subconcessão da Ferrovia Norte Sul – Tramo Central, 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.**”

210. Para o sucesso da outorga, não basta que a Agência demonstre intenção de celebrar os referidos termos aditivos, é preciso que o faça previamente ao certame e torne públicas as condições pactuadas para o direito de passagem, no edital ou documento associado.

211. A viabilidade econômico-financeira do objeto da concessão está fundamentalmente relacionada à necessidade de compartilhamento de malhas operadas por terceiros, portanto é estritamente necessária a concretização do direito de passagem **previamente** à licitação. Por se tratar da delegação de serviço público de competência da União (CF/88, art. 21, inc. XII, alínea “d”), deve-se observar os princípios a que aludem as Leis 8.987/1995 e 8.666/1993, dentre os quais os da isonomia, regularidade, continuidade, eficiência e modicidade tarifária, e o disposto nos arts. 18, incisos I, II e VII, 23, inciso II, e 25, inciso V, da Lei 8.987/1995;

212. Isso porque a garantia do direito de passagem e/ou tráfego mútuo, não apenas formalmente, mas principalmente em termos de tarifas-teto e capacidade disponível, é uma necessidade que se impõe para a integração do sistema ferroviário nacional como um todo, cuja relevância agora se sobressai diante do potencial conectivo do Tramo Central da FNS ao entrar em operação.

213. O estabelecimento de tarifas-teto não deixará de prestigiar a livre negociação entre as partes, na forma do art. 12 da Resolução-ANTT 3.695/2011, e ainda mitigará parte dos efeitos adversos do regime monopolista de acesso ferroviário aos portos. Partindo do pressuposto de que os cálculos da tarifa para compartilhamento já foram realizados pela ANTT, caberia ao regulador apenas formalizar o teto tarifário, para reduzir conflitos negociais, e permitir que as partes pactuem preços abaixo desse limite.

214. O tema é de suma importância para a viabilização dos Operadores Ferroviários Independentes (OFIs), conceituados como pessoas jurídicas autorizadas pela ANTT a realizar ou prestar o serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária, para si ou terceiros (Resolução-ANTT 4.348/2014, art. 2º, inc. XVIII).

215. Por tudo isso, a celebração de termos aditivos com as concessionárias adjacentes que, em última análise, poderão ser até unilaterais, à revelia dos contratados, parece solução aparentemente

simplificada diante de problema de grande envergadura, o qual parece merecer mais atenção e uniformidade de tratamento por parte da Agência. Por outro lado, pode ser o início de uma regulação mais firme sobre o tema.

216. Enfim, embora este Tribunal não possa se imiscuir na opção pela celebração de termos aditivos aos contratos de concessão e subconcessão que regem as malhas adjacentes, pode, em prol do interesse público que lastreia o setor e sem prejuízo da determinação já encartada para o ponto, considerando o momento de rediscussão desses temas na Agência, expedir orientações que busquem a melhor operação do setor em função da FNSTC, a fim de dar efetividade aos princípios que regem a concessão de serviços públicos e honrar os investimento público bilionário na construção da ferrovia.

217. Dessa feita, acrescento **recomendação** à ANTT para que, 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 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.

218. É inequívoco que um regulamento estável e transparente, submetido aos processos de discussão e aprovação que lhe são inerentes, pode reduzir os custos de transação e a insegurança jurídica de eventuais aditivos contratuais unilaterais, além de promover maior clareza e previsibilidade setorial às regras aplicáveis ao compartilhamento de malha.

219. Faço considerações para lançar luz não apenas sobre este caso concreto, mais emblemático e precursor da integração ferroviária nacional, mas para fomentar a organização e a estabilidade do setor como um todo, em condições de isonomia e impessoalidade.

220. Paralelamente, cabe resgatar a preocupação externada pelo MPTCU de que os pretendidos termos aditivos aos contratos de concessão de malhas adjacentes preveem **garantia de capacidade operacional** à FNSTC **apenas para os primeiros cinco anos da subconcessão**, e de que as regras de direito de passagem – reserva de capacidade e teto tarifário – somente se aplicam **para as cargas com destino aos portos**.

221. Segundo a SeinfraPortoFerrovia, a opção da ANTT por regular reserva de capacidade operacional para a FNSTC para o quinquênio inicial da subconcessão possui fragilidades. Na hipótese de não ocorrer renovação de prazo das principais concessões adjacentes (Malha Paulista, EFC e MRS), oportunidade em que a reserva de capacidade seria inserida nos contratos como condicionantes à prorrogação antecipada dessas linhas, tais restrições podem se manter até o final da vigência dos contratos já existentes (entre 2027 e 2030, aproximadamente) e a solução dependerá, como já descrito, de incertezas associadas à regulação posterior e ao arbitramento de potenciais conflitos pela Agência.

222. No entanto, diante da possibilidade de prorrogação dos prazos de vigência dos atuais contratos das concessionárias adjacentes, cujos pleitos de prorrogação antecipada se encontram em análise pela Agência, a unidade instrutora anotou que terá a oportunidade de reanalisar quando do acompanhamento das prorrogações contratuais das concessionárias RMP, MRS, EFC e FTL.

223. O MPTCU, por seu turno, aponta que tal deficiência deveria motivar a expedição de determinação à ANTT para que, previamente à publicação do edital do certame, firme termos aditivos aos contratos celebrados com as demais concessionárias que prevejam 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 de **reserva de capacidade operacional**, abrangendo todo o período remanescente de cada contrato.

224. O Poder Concedente afirmou em memorial (peça 96, p. 41-42), que optou por firmar a reserva de capacidade para os primeiros cinco anos como forma de viabilizar o início de operações da futura subconcessionária, e prestigiar a livre negociação de mercado das capacidades no período

subsequente. Sustenta ainda que a ênfase da regra regulatória deve ser dada às cargas do fluxo de exportação, dada a vocação da ferrovia que se pretende assegurar.

225. É inegável que a ANTT se coloca em posição delicada e assume possível prejuízo para a atratividade econômica de longo prazo do trecho. Por um lado, limita-se a reservar capacidade de compartilhamento à FNSTC por apenas cinco anos, inculcando aos interessados na novel ferrovia riscos e incertezas para os 25 anos restantes. Esses fatores serão certamente precificados no leilão.

226. Por outro lado, a Agência reforça a tese de mínima intervenção no mercado, optando por dirimir conflitos apenas se provocada, em casos concretos, mesmo que isso incuta menos previsibilidade de longo prazo para o futuro operador da FNSTC.

227. Temos, portanto, juízo de mérito sobre qual valor deveria ser prestigiado: a competitividade, a atratividade e a viabilidade comercial imediatas da FNSTC, ou o mínimo intervencionismo no mercado regulado.

228. A ANTT optou por realizar uma alternativa de regulação menos interventiva, estabelecendo balizas mínimas para assegurar os riscos essenciais envolvidos na questão e considerou suficiente estabelecer teto tarifário e, para o prazo dos cinco anos iniciais, reserva de capacidade, ambas as soluções restritas à carga de exportação. Uma opção mais interventiva nessa questão pode acarretar consequências que não devem ser desconsideradas na tomada de decisão. Nesse caso, por exemplo, é inegável que existe um ponto ótimo entre uma atuação mais permissiva (que pode gerar insegurança aos interessados na nova concessão) e eventual “excesso de intervenção” (o que pode ser ineficiente, além de aumentar as dificuldades junto às concessionárias dos demais trechos, com maiores riscos de judicialização e possíveis prejuízos quanto à viabilidade prática e jurídica da concessão tal qual planejada pelo poder concedente).

229. Verifico que a opção adotada decorre da percepção a que chegou o Poder Concedente a partir dos subsídios colhidos em audiência pública, situação que atribui legitimidade à escolha feita.

230. À luz dessas ponderações, e considerando que qualquer solução nessa questão delicada implica riscos e consequências nem sempre passíveis de apreensão no âmbito do processo de controle externo, entendo que não cabe ao Tribunal impor regra cogente, sem que isso signifique adesão à escolha regulatória que foi feita e sem prejuízo de recomendar que se avaliem opções distintas.

231. A análise do relatório da audiência pública (peça 51) revela ainda que constam ao menos cinco contribuições no sentido de que o contrato garanta reserva de capacidade operacional junto às malhas adjacentes da FNSTC. Isso indica o quão complexa é a questão e que a solução adotada pode comportar aprimoramento.

232. Quanto à tarifa-teto do direito de passagem, trata-se de solução regulatória fundamental para prevenir abusos monopolísticos por parte das concessionárias das malhas adjacentes. Portanto, julgo apropriado que seja avaliada a ampliação do teto tarifário para toda a carga a ser movimentada nos trechos em questão, sem guardar distinção quanto ao destino.

233. Da mesma forma, há que se avaliar a possibilidade de, em alguma medida, ampliar os prazos de definição das condições de exercício do direito de passagem (não apenas para o primeiro quinquênio), em termos de reserva de capacidade operacional.

234. Assim, considero adequado **recomendar** à ANTT que 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**.

235. Para encerrar o tópico, destaco que um ponto de relevo associado ao aspecto do direito de passagem é a possibilidade de saturação das malhas adjacentes. Aliás, nas zonas contíguas de acesso aos portos, especialmente o de Santos/SP, essa já é uma realidade enfrentada.

236. Em que pese tal situação de potencial restrição operacional e, consequentemente, econômica da ferrovia, no advento de restrições operacionais para acesso a malhas adjacentes à FNSTC, não há dispositivo que explicitamente como deverá ser resolvido o impasse.

237. Desse modo, acolho a proposta da SeinfraPortoFerrovia de **determinar** à ANTT que se abstenha de publicar o edital sem esclarecer e definir nos instrumentos da subconcessão (edital e/ou minuta de contrato) como atuará no caso de conflito entre concessionárias por eventual ausência (não apenas restrição) de capacidade das ferrovias adjacentes, em atenção aos princípios da segurança jurídica, interesse público, regularidade, continuidade, eficiência e modicidade tarifária, c/c a Lei 8.987/1995, art. 18, inciso VII, e a Lei 10.233/2001, arts. 20, inc. II, alínea “b”, e 25, inc. V.

VII – OUTROS PONTOS SUSCITADOS PELO MPTCU

238. Destaco ainda outras duas relevantes ponderações suscitadas pelo Ministério Público de Contas, em acréscimo aos exames da unidade instrutora, as quais buscam colaborar para o aumento da competitividade do certame e o aperfeiçoamento das regras da subconcessão.

239. O primeiro ponto de destaque é que, no seu entender, a complexidade do leilão exige maior prazo de antecedência da publicação do edital. Muito embora a praxe adotada pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos seja de 100 dias, acima do previsto em lei, o *Parquet* reputa insuficiente.

240. Entende o membro do Ministério Público que 180 dias seria um hiato razoável para conferir maior credibilidade ao certame, em razão da necessidade de tempo adicional para que potenciais investidores estrangeiros realizem os estudos necessários para melhor entendimento das questões jurídicas, econômico-financeiras, mercadológicas e de riscos do negócio. Do contrário, os grupos estabelecidos, notadamente os exploradores de malhas adjacentes, possuiriam vantagem competitiva indevida.

241. Nessa toada, propõe determinar a adoção de antecedência mínima 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 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.

242. Ao tempo em que compreendo as preocupações do MPTCU, entendo que não compete a este Tribunal fixar prazo específico de antecedência para publicação de editais, a não ser em caso de desrespeito ao mínimo exigido por lei.

243. À primeira vista, elastecer ainda mais o prazo de antecedência do edital parece trazer ganhos à competitividade do certame e à percepção de segurança jurídica do negócio, porém não se pode subestimar o potencial de perturbação de mercado.

244. Em outras palavras, por não gerir políticas públicas, este Tribunal poderia incorrer em equívoco em determinar prazo adicional sem mensurar possíveis consequências negativas associadas, a exemplo de prejuízos de imagem e de credibilidade quanto a prazos em projetos de infraestrutura brasileiros, ou ainda percepção de interferências e adiamentos excessivos do leilão.

245. Projeto dessa envergadura certamente já é conhecido pelo mercado e pelos potenciais participantes, que não são muitos, e que já participaram ativamente do processo de audiência pública e de maturação do empreendimento. Além disso, como solução em casos extremos, qualquer prejuízo à competitividade e à publicidade poderá ser objeto de representação administrativa ou judicial de parte dos interessados.

246. Dessa feita, por carência de previsão legal, deixo de acolher a proposta do *Parquet* na forma de determinação, e a adoto como **recomendação** para que o Poder Concedente considere as

peculiaridades e a magnitude do objeto desta desestatização na definição de prazo de antecedência do edital em relação ao certame.

247. Em linha de concordância com a unidade instrutora, o MPTCU adere à análise acerca do limite de dispersão tarifária, definido na minuta de contrato como os valores máximos e mínimos da tarifa de transporte que poderão ser cobrados dos usuários pela subconcessionária, sem prejuízo de se respeitar o valor da tarifa-teto do contrato.

248. O mecanismo estabelece que a subconcessionária poderá praticar tarifas de transportes distintas para os diversos usuários do serviço, desde que observado o teto definido na tabela tarifária de referência e o limite de dispersão tarifária, calculado anualmente pela ANTT a partir da média aritmética simples das tarifas de cada mercadoria, medidas em R\$/1.000 tku (toneladas-quilometro úteis) e aplicando-se correções estatísticas, de forma a se estabelecer bandas de variação positiva e negativa.

249. Trata-se de inovação tendente a conferir certa flexibilidade à formação de preços das tarifas. Possibilita, na prática, que a futura subconcessionária conceda descontos a determinados usuários, como grandes clientes que proporcionem ganhos de escala e, conseqüentemente, menores custos unitários, ou mesmo para viabilizar estratégias comerciais, como fomentar a utilização da infraestrutura em horários ociosos por meio de preços mais atrativos. Mecanismo semelhante também tem sido utilizado em outras concessões recentes, como as do setor aeroportuário.

250. Nesse contexto, a baliza para a concessão de diferenciais tarifários é o limite de dispersão tarifária estabelecido em contrato. Pela regra, os preços praticados podem variar para cima ou para baixo, desde que respeitado o limite central e as bandas. Portanto, descontos concedidos a determinados usuários devem ser compensados por preços superiores cobrados de outros, calculados sempre por tipo mercadoria.

251. A proposta contida nos autos é determinar à ANTT que efetue a devida análise técnica para definir a forma ou as formas mais adequadas de se promover a regulação econômica das tarifas de transporte e de direito de passagem presentes no contrato da subconcessão, a fim de inibir discriminações e favorecimentos indevidos, mas preservando o princípio da eficiência.

252. Em exame de mérito, verifico que o mecanismo busca conferir flexibilidade comercial à subconcessionária para a formação de preços e concessão de descontos, e não engessar o mecanismo tarifário. A leitura da minuta de contrato (cláusula 20.4.iv, transcrita) e a inserção da regra na seção que trata do regramento tarifário evidenciam exatamente isso:

“A Subconcessionária poderá praticar Tarifas de Transporte distintas entre Usuários, observando a Tarifa de Referência e o Limite de Dispersão Tarifária, e desde que baseada em critérios objetivos e isonômicos de contratação, tais como prazo, volume, sazonalidade, e condições de pagamento.”

253. Não me parece que o objetivo do instrumento seja inibir discriminações e favorecimentos indevidos, preservando a isonomia, impessoalidade e a generalidade na prestação do serviço público, mas fomentar estratégias comerciais em prol da eficiência. Portanto, entendo que a proposta de determinação deve ser ajustada, desvinculando-a da cláusula do limite de dispersão tarifária.

254. Em que pese entender que os problemas são distintos, o objetivo da SeinfraPortoFerrovia e do MPTCU é pertinente, uma vez que não foi possível identificar de que forma a ANTT pretende promover a regulação econômica das tarifas variáveis, de forma a se preservar os princípios aplicáveis, e evitar que a subconcessionária discrimine ou privilegie certos usuários/clientes, uma vez que o limite de dispersão tarifária é calculado tão somente em função da carga transportada, sem considerar outras características dos usuários.

255. Dessa maneira, acompanho as preocupações externadas nas manifestações técnicas ao longo dos autos, ajustando as propostas, para que se **determine** à ANTT que defina, por meio de regra

editálicia, contratual ou ato regulamentar, como promoverá a regulação econômica das tarifas flexíveis de transporte e de direito de passagem presentes no contrato 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, isonomia, impessoalidade e a generalidade na prestação do serviço público.

256. Conforme destaquei anteriormente, por se tratar de regra inerente à viabilidade econômica do objeto, é necessária a definição de regras mínimas **previamente** à licitação, em observância aos princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade e a generalidade na prestação do serviço público, bem como o disposto na Lei 8.987/1995, arts. 18, inc. I, II e VII, e 25, inc. V, e na Lei 10.233/2001, art. 28, inc. I.

VIII – CONCLUSÃO

257. Há cerca de vinte anos este Tribunal desempenha a proeminente missão de analisar processos de desestatização, por vezes tão relevantes como o aguardado Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul. Trata-se de competência de controle externo imposta pelo ordenamento como condição necessária à continuidade dos atos a serem praticados pelo Poder Executivo. Precisa, por conseguinte, ser bem exercida para contribuir com a boa e regular execução das outorgas, tendo-se o cuidado de não gerar efeito reverso negativo.

258. Por isso, destaco a qualidade técnica dos exames empreendidos pela SeinfraPortoFerrovia, cujas preocupações se mostraram alinhadas às do Ministério Público junto ao TCU, que tempestivamente atuou nos autos com contribuições relevantes à discussão do setor ferroviário.

259. A conclusão quanto ao saldo positivo da atuação do Tribunal é reforçada pela ANTT e pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI) por meio do memorial de peça 96, no sentido de que o Poder Concedente concorda, de maneira geral, com os apontamentos e assume compromisso de cumprir as determinações e recomendações que lhe estão sendo dirigidas.

260. A sensibilidade exigida do TCU é especialmente importante quando o tema regulação comparece aos autos, pois devemos exercer contínua e exigente vigilância para não ultrapassarmos a linha tênue que separa o controle externo da gestão pública, o mérito da legalidade, o controle de primeira ordem do de segunda ordem. É inegável que esses fatores são determinantes para o sucesso de um processo de outorga, mas podem fulminá-lo, se confundidos.

261. Tenho ouvido e debatido muito sobre as consequências da hipertrofia do controle e a possível infantilização da gestão pública. Agências reguladoras e administradores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem seus atos questionados. Ou pior: deixam de decidir questões simples à espera de aval prévio que lhes conforte.

262. Uma das formas de remediar essa questão é exercitar os mecanismos de deferência e autocontenção e dosar o consequencialismo na nossa atuação. Deferência às escolhas públicas feitas pelas instituições legitimadas e consequencialismo para que sejam mais bem considerados, com base em evidências, as implicações de nossas decisões. Nesse último caso, trata-se de adotar perspectiva *“interessada nos fatos e também bem informada sobre a operação, propriedades e prováveis efeitos de cursos alternativos de ação”* (POSNER, Richard. *Overcoming law*).

263. Dosar o consequencialismo passa, inclusive, pela premissa de que exigir determinado procedimento sem lastro em regra cogente acarreta, também, riscos e problemas. O controle externo não é gestor de políticas públicas. Nem sempre tem à sua disposição, portanto, evidências suficientes que lhe permitam avaliar adequadamente todos os fatores.

264. Em que pese todo este contexto, deve-se sempre prestigiar a regra determinada pela legislação, em especial a Lei 8.987/1995, mas tendo como pano de fundo os riscos envolvidos nas soluções adotadas e o histórico de problemas que vêm sendo frequentemente observados pelo

Tribunal. É dizer, assegurado o respeito aos contornos legais mínimos e tratados com soluções efetivas os riscos relevantes para a boa execução contratual, este Tribunal deve deferência à competência do regulador e às escolhas motivadas de forma razoável e suficiente.

265. Por fim e em adição, notício a recente edição da Medida Provisória 845, de 20/7/2018, que instituiu o Fundo Nacional de Desenvolvimento Ferroviário (FNDF), de natureza contábil e financeira, vinculado ao MTPA, com a finalidade de destinar recursos ao subsistema ferroviário federal, cuja vinculação fica limitada por lei ao prazo de cinco anos.

266. Nos termos do art. 2º, §§ 2º, 3º e 4º da MP 845/2018, receitas decorrentes da outorga da subconcessão da Ferrovia Norte-Sul - Tramo Central, e respectivo ágio, deverão ser destinados ao FNDF, com prioridade de aplicação na construção de ligação férrea do Complexo Portuário de Vila do Conde/PA à Ferrovia Norte-Sul, mais precisamente entre Açailândia/MA e Barcarena/PA.

267. Dessa maneira, espera-se que no futuro a FNS se interligue com um terceiro porto de alta capacidade, o que certamente trará ganhos de competitividade e de eficiência às operações exportadoras brasileiras.

268. A notícia ressalta a necessidade de adoção das medidas ora propostas previamente ao leilão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul, especialmente no que tange ao direito de passagem, em prol da efetiva interligação da malha férrea brasileira.

269. Portanto, ciente da importância deste empreendimento e convicto da adequação dos exames empreendidos pelo Tribunal nestes autos, adoto as propostas advindas da SeinfraPortoFerrovia, com os ajustes tratados ao longo deste Voto e outros relacionados à clareza textual, bem como os acréscimos sobre os quais me aprofundei.

270. Como resultado, deve-se dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) 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 detectadas inconsistências e irregularidades objeto de determinações tratadas nos subitens 9.2 e 9.3 do acordão, as quais devem ser saneadas previamente à publicação do edital de outorga da Ferrovia Norte-Sul – Tramo Central.

271. Sem dúvida, tais proposições contribuirão para melhor publicidade, transparência e isonomia em favor dos agentes privados, que disporão de estudos e regras mais justas e coesas com a realidade e complexidade econômica do empreendimento.

272. Para o Poder Público, espera-se que regras editalícias e contratuais mais bem delineadas contribuam para a mitigação dos riscos de execução e de desequilíbrios econômico-financeiros que, claramente, podem ser evitados por meio de medidas preventivas diante de problemas já conhecidos.

273. Feitas essas considerações, os autos estão aptos a retornar à SeinfraPortoFerrovia para prosseguir no acompanhamento do segundo estágio do processo de outorga, oportunidade em que se dará o exame do cumprimento das determinações ora exaradas por este Plenário.

274. Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de setembro de 2018.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO Nº 2195/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 026.071/2017-7.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Desestatização
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgãos/Entidades: 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.;
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal: Sílvia Regina Schmitt (OAB/RS 58.372), representando Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A..

9. Acórdão:

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.

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 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, 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 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 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.

10. Ata nº 36/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 19/9/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2195-36/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral