

O contrato de concessão da Malha Paulista expira em 2028. A concessionária ALL submeteu à ANTT **solicitação de prorrogação do contrato de concessão**, com fundamento no que prescreve Cláusula Terceira do Contrato de Concessão, que possibilita, a prorrogação do contrato, até o limite máximo total de 30 anos, “a exclusivo critério da CONCEDENTE”, “havendo interesse manifesto de ambas as partes”. É importante evidenciar também os requisitos objetivos estabelecidos no § 2º da referida cláusula contratual para tal prorrogação:

“Parágrafo 2º A CONCESSIONÁRIA poderá pleitear a prorrogação da CONCESSÃO desde que não tenha sido reincidente em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e tenha atingido e mantido a prestação de serviço adequado.”

A ANTT produziu “Relatório Final”, datado de 12/12/2016, que teve como objetivo Malha Paulista S/A. – ALLMP, em observância ao disposto na Resolução ANTT nº 3.705/2011. O Relatório Final “buscou descrever o contexto do processo de prorrogação e repactuação do Contrato submeter ao controle social os estudos elaborados pela comissão de servidores da ANTT relativos ao pedido de prorrogação do contrato de concessão da Malha Paulista efetuado pela concessionária América Latina Logística de Concessão da Malha Paulista, bem como elencar as questões problema e propor seus respectivos tratamentos regulatórios”.

Esse Relatório contém vários tópicos, a seguir elencados:

“(…)

SUMÁRIO

1	OBJETIVO	5
2	DOS ASPECTOS JURÍDICOS	5
3	DOS ANTECEDENTES	12
4	DA ANÁLISE	16
4.1	A desestatização do setor ferroviário e o início da concessão da Malha Paulista.....	16
4.2	Do levantamento das questões-problema da Malha Paulista	19
4.2.1	Dos aspectos operacionais	19
4.2.2	Da importância estratégica e mercado de atuação.....	26
4.2.3	Do levantamento de encargos em favor do Poder Concedente	29
4.2.4	Do levantamento dos processos administrativos de aplicação de penalidades.....	30
4.2.5	Do levantamento das ações judiciais	31
4.2.6	Do levantamento das reclamações de usuários.....	32
4.3	Dos aspectos principais do modelo ferroviário nacional vigente.....	32
4.4	Da Análise de Impacto Regulatório - AIR.....	41
4.4.1	Introdução.....	41
4.4.2	Da metodologia de AIR utilizada	42
4.4.3	Da aplicação da metodologia proposta.....	43
4.5	Do tratamento das questões-problema levantadas	50
4.5.1	Das questões-problema de natureza operacional da ALLMP.....	51
4.5.2	Das questões-problema de natureza regulatória da ALLMP	55
4.6	Do valor dos investimentos (Capex).....	67
4.7	Do cálculo do valor de outorga (valoração do negócio)	70
5	DOS DOCUMENTOS PARA A AUDIÊNCIA PÚBLICA.....	70
6	CONCLUSÃO.....	72

(...)

Vide inteiro teor do Relatório em <http://portal.antt.gov.br/uploads/0021/21791>.

Além desse Relatório, **consta do site da ANTT a minuta do “TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA S/A. – ALLMP”**. Esse documento, que contém 58 páginas, apresenta proposta que implica desfiguração completa do contrato original. Na verdade, configura substituição do regramento originalmente pactuado.

O arquivo dessa minuta de termo aditivo está disponível no site da ANTT, no seguinte endereço: http://www.antt.gov.br/participacao_social/audiencias/010191.html.

II

Panorama Normativo

Em face dos eventos acima destacados, afigura-se necessário explicitar o panorama normativo vigente, que disciplina a matéria investigada nesta representação. Destaque-se, a propósito, que a Medida Provisória 752, editada em 24/11/2016, estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e para a relicitação de contratos de parceria, além de outras providências. Tal documento normativo sofreu alterações diversas no âmbito de comissão mista do Congresso Nacional e seguiu como Projeto de Conversão de Medida Provisória nº 3/2017 para sanção presidencial, o qual resultou na recentíssima Lei 13.448, de 5/6/2017.

Essa lei contém vários dispositivos que encerram aparente incompatibilidade com o texto constitucional. Por certo, demandarão avaliação detida quando do exame de casos concretos por ela regulados. Cumpre destacar, a propósito, que tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5684 – Relator Ministro Dias Toffoli, proposta Frente Nacional De Profissionais Liberais, Trabalhadores, Operadores, Usuários e Associações em Defesa Das Ferrovias – Ferrofrente, contra o texto original da MP 752/2016, com relevantes e consistentes questionamentos (vide, em especial, as peças 1 e 27 desse processo eletrônico, no seguinte link: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5162376>.)

Tendo em vista o escopo desta representação, não convém tratar de tais possíveis incompatibilidades entre vários comandos contidos no texto da Lei 13.448, de 5/6/2017, e dispositivos constitucionais nesta oportunidade. A despeito disso, mesmo levando-se em conta os comandos normativos altamente permissivos constantes dessa lei, é possível identificar a falta de aderência entre a referida minuta de aditivo ao contrato de concessão e os frouxos requisitos estabelecidos para prorrogação contratual. Com o intuito de permitir a precisa identificação de tais pressupostos, convém transcrever as normas em que tais requisitos estão explicitados:

Lei 13.448/2017

“Art. 5º A prorrogação contratual e a prorrogação antecipada do contrato de parceria nos setores rodoviário e ferroviário observarão as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelo disposto nesta Lei.

§ 1º As prorrogações previstas no **caput** deste artigo poderão ocorrer por provocação de qualquer uma das partes do contrato de parceria e estarão sujeitas à discricionariedade do órgão ou da entidade competente.

(...)

Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.

§ 1º A prorrogação antecipada ocorrerá apenas no contrato de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontrar-se entre 50% (cinquenta por cento) e 90% (noventa por cento) do prazo originalmente estipulado.

§ 2º A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado:

(...)

II - quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos.”

(...)

Art. 8º Caberá ao órgão ou à entidade competente, após a qualificação referida no art. 2º desta Lei, realizar estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.

§ 1º Sem prejuízo da regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o caput deste artigo:

I - o programa dos novos investimentos, quando previstos;

II - as estimativas dos custos e das despesas operacionais;

III - as estimativas de demanda;

IV - a modelagem econômico-financeira;

V - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;

VI - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;

VII - os valores devidos ao poder público pela prorrogação, quando for o caso.

§ 2º A formalização da prorrogação do contrato de parceria dependerá de avaliação prévia e favorável do órgão ou da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços.

Art. 9º Sem prejuízo das demais disposições desta Lei, as prorrogações dos contratos de parceria no setor ferroviário também serão orientadas:

I - pela adoção, quando couber, de obrigações de realização de investimento para aumento de capacidade instalada, de forma a reduzir o nível de saturação do trecho ferroviário, assegurado o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

II - pelos parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimento, a serem pactuados entre as partes;

III - pela garantia contratual de capacidade de transporte a terceiros outorgados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), garantindo-se o direito de passagem, de tráfego mútuo e de exploração por operador ferroviário independente, mediante acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais do concessionário, garantida a remuneração pela capacidade contratada.

§ 1º Os níveis de capacidade de transporte deverão ser fixados para cada ano de vigência do contrato de parceria prorrogado, e caberá ao órgão ou à entidade competente acompanhar o seu atendimento pelo contratado.

§ 2º Os planos de investimento pactuados poderão prever intervenções obrigatórias pelo contratado, compatíveis com os níveis de capacidade ajustados.

§ 3º Mediante anuência prévia do órgão ou da entidade competente, os planos de investimento serão revistos para fazer frente aos níveis de capacidade, nos termos do contrato.

§ 4º O nível de saturação a que se refere o inciso I do **caput** deste artigo será determinado ao contratado pelo poder concedente.

Art. 10. As prorrogações de que trata o art. 5º desta Lei deverão ser submetidas previamente a consulta pública pelo órgão ou pela entidade competente, em conjunto com o estudo referido no art. 8º desta Lei.

Parágrafo único. A consulta pública será divulgada na imprensa oficial e na internet e deverá conter a identificação do objeto, a motivação para a prorrogação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, fixando-se o prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias para recebimento de sugestões.

Art. 11. Encerrada a consulta pública, serão encaminhados ao Tribunal de Contas da União o estudo de que trata o art. 8º desta Lei, os documentos que comprovem o cumprimento das exigências de que tratam os incisos I e II do § 2º do art. 6º desta Lei, quando for o caso, e o termo aditivo de prorrogação contratual.”

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm)

Os comandos acima destacados estabelecem a necessidade de realização de estudo técnico prévio que **“fundamente a vantagem das prorrogações do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”**. Não se pode descuidar de que a diretriz constitucional é licitar, promover isonomia e impessoalidade nos contratos com a administração pública.

Todo procedimento tendente a evitar a licitação deve ser visto como excepcional e deve ser, por isso mesmo, amplamente justificado.

Como visto, o § 1º do art. 8º da Lei 13.448/2017, acima transcrito, estipula as peças de que devem obrigatoriamente constar desse estudo. Compete à agência reguladora, com base ao menos nas informações constantes desses documentos, avaliar se a alternativa da prorrogação, em detrimento da celebração de novo contrato de concessão precedido de prévia licitação, se afigura adequada. **Caberá ao TCU, por sua vez, apreciar tais estudos e se pronunciar a respeito de suas conclusões, tendo em visto o que prescreve o art. 11 daquela lei.**

Ocorre, no entanto, que as análises já realizadas pela ANTT se afiguram, ao ver do Ministério Público de Contas, incompletas e, em grande medida, inconsistentes. A demonstração dessa assertiva passa a ser realizada a partir dos tópicos seguintes desta Representação. Para tanto, o Ministério Público de Contas lançará mão de informações constantes do referido Relatório Final da ANTT e, em especial, da manifestação da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal referente à Audiência Pública nº 10/2016, acima citada, que já se debruçou detidamente sobre tal objeto, além de dados extraídos do site da ANTT, de informações e análises extraídas da dissertação de mestrado de Ely Arima Takasaki, intitulada “O NOVO MODELO BRASILEIRO DE EXPLORAÇÃO FERROVIÁRIA”, além de matérias veiculadas na imprensa.

III

Controle Exercido pelo Ministério Público Federal

A 3ª Câmara de Coordenação e Revisão – Consumidor e Ordem Econômica do Ministério Público Federal, por meio do Ofício 065/2017/AC/3CCR, de 3/3/2017, da lavra do Subprocurador-Geral da República José Elaeres Marques Teixeira e dos Procuradores Thiago Lacerda Nobre e Osmar Veronese, encaminhou avaliação criteriosa do acima citado **Relatório Final da ANTT** e da **minuta do termo aditivo que trata da prorrogação do contrato de concessão da Malha Paulista** a essa agência reguladora. Nesse documento, a referida Câmara aponta uma série de inconsistências, imprecisões, incompletudes no Relatório Final da ANTT e também na minuta de termo aditivo acima referida.

III.1

Relatório Final da ANTT e avaliação da 3ª CCR do MPF

A 3ª CCR do MPF (vide anexo I a esta Representação), com base em informações extraídas do Relatório Final da lavra da própria ANTT, relacionadas à execução do contrato de concessão da Malha Paulista, apontou:

- “a. a existência de expressivos encargos decorrentes de **obrigações não cumpridas** no âmbito dos contratos de concessão e arrendamento vigentes, no montante aproximado de mais de R\$ 1 bilhão (Seção 4.2.3, do Relatório Final);
- b. o significativo volume de **procedimentos administrativos de aplicação de penalidades** instaurados em desfavor da concessionária (**147 processos**), os quais compõem a avaliação dos seus antecedentes (Seção 4.2.4, do Relatório Final);
- c. o representativo volume de judicialização em desfavor da ANTT, os quais também compõem a avaliação dos seus antecedentes (Seção 4.2.5, do Relatório Final);
- d. a **saturação da capacidade da ferrovia, mesmo com a realização dos investimentos propostos já em 2023, ou seja**, antes mesmo do término do prazo contratual vigente (Seção 4.5.1.1, do Relatório Final);
- e. o estado inadequado de conservação e manutenção da via permanente (Seção 4.5.1.2, do Relatório Final);
- f. **expressiva extensão de trechos ferroviários sem tráfego** (Seção 4.5.1.4, do Relatório Final);
- g. **baixo desempenho operacional da concessionária** (Seção 4.5.1.5, do Relatório Final)”
– grifaram-se os trechos em destaque (vide item 21 do anexo ao citado Ofício 065/2017/AC/3CCR, de 3/3/2017).

A 3ª CCR do MPF destacou, também, trechos do Relatório Final da ANTT, que contêm considerações acerca das tarifas praticadas e da disponibilidade em ferrovias para os usuários comuns. Segundo a agência reguladora:

“110. Na ocasião da concessão dos serviços de transporte ferroviário de cargas, optou-se pelo modelo de regulação por tarifa-teto (price-cap). Conforme este modelo, as tarifas de frete ferroviário praticadas pelas concessionárias deveriam respeitar um limite máximo definido pelo Poder Concedente. Este limite seria revisto periodicamente para incorporar a evolução dos índices de inflação e, assim, restaurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

111. Ocorre que, por força da adoção de determinadas políticas públicas à época da elaboração dos editais e contratos de concessão, os valores definidos como limites máximos para as tarifas a serem cobradas pela prestação do serviço não refletiam os custos efetivos do desenvolvimento de tal atividade; e a concessionária ficou autorizada contratualmente a praticar qualquer valor abaixo do teto estabelecido, independente de justificativa prévia.

112. A observação da prática **tarifária das concessionárias** sugere que as tarifas efetivamente praticadas por algumas empresas **anulavam quaisquer vantagens econômicas decorrentes da adequação do modal a cargas tipicamente ferroviárias**. Em outras palavras, o frete cobrado das cargas com esse perfil é muito próximo do frete rodoviário que, em tese, para cargas com essas características, deveria ser, em função dos custos efetivos da atividade, maior que o ferroviário.

113. Tal conduta garantiu a fidelização do usuário ao serviço ferroviário mediante a cobrança de fretes inadequados, ou, em última instância, induziu a migração da carga para as rodovias, provocando, assim, uma indesejada distorção da matriz de transporte do país.

114. Ademais, o modelo de concessão adotado em meados da década de 90 permitiu a outorga de ferrovias a empresas usuárias da respectiva infraestrutura. **Ainda, constitui característica dos contratos firmados àquela época o ajustamento de metas de produção (volume de carga a ser transportado pela concessionária) sem vinculação ao trecho em que o transporte seria efetivado.**

(...)

122. Na prática, o que se observou é que o transporte da carga própria era priorizado na infraestrutura da concessionária, e, estando cumpridas as metas de produção, **não existiam instrumentos contratuais ou regulatórios que obrigassem a realização de investimentos para aumento da capacidade da via, a despeito da crescente demanda potencial pelo serviço.**

123. Diante do cenário exposto anteriormente, em que se observa a existência de concessionárias que acumulam a característica de exploradora e usuária do serviço de transporte ferroviário de cargas, e considerando, ainda, o exercício monopolístico que se observou na exploração da referida atividade, chamou atenção desta Agência Reguladora a **dificuldade muitas vezes enfrentada por usuários do serviço em fazer chegar sua carga ao destino pretendido bem como em ter acesso à forma mais barata e eficiente de fazê-lo.**

124. Como última característica a ser ressaltada sobre o modelo, tem-se a verificação do pouco incentivo à interoperabilidade dos sistemas ferroviários. O transporte ferroviário constitui-se como o meio economicamente mais favorável e operacionalmente mais adequado para o transporte de cargas em longas distâncias. Ocorre, no entanto, que tal premissa, embora seja a regra nas malhas ferroviárias de todo o mundo, não se repete no sistema ferroviário nacional. Um dos fatores que podem explicar essa situação é a baixa interoperabilidade da malha.” – grifaram-se os trechos em destaques.

Em sua manifestação dirigida à ANTT, a 3ª CCR do MPF teceu considerações que merecem ser destacadas:

“3.2.1. Dos requisitos legais e regulamentares

(...)

24. Ora, se o próprio relatório [da ANTT] conclui que o propósito do Governo Federal é a expansão da capacidade do tráfego do Subsistema Ferroviário Federal, a competição entre operadores de transporte ferroviário, como meio de redução do frete ferroviário e consequente aumento da competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional, o caminho a ser delineado para a renovação de uma concessão com tantos problemas na prestação do serviço (demonstrados na Seção 4.2 do Relatório), deveria partir da realização de estudos mais detalhados para avaliar todos os aspectos relacionados à prestação do serviço concedido a fim de se verificar, de fato, se a renovação da concessão com ALLMP é a possibilidade que melhor atenderá ao interesse público na prestação do serviço.

(...)

3.2.2. Dos limites à repactuação

33. Por certo, os contratos administrativos conferem ao poder público condição de supremacia no contrato, o que lhe permite alterar as condições contratuais inicialmente pactuadas. Essa possibilidade, contudo, não possibilita ao poder público liberdade irrestrita para inovar na relação contratual (...).

(...)

36. Cumpre salientar que o próprio Tribunal de Contas da União – TCU já alertou a ANTT a esse respeito, nos termos do Acórdão nº 312/2012-TCU-Plenário, de 15 de fevereiro de 2012, que, entre outros aspectos, deu ciência à Agência de que:

‘1.8 Dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres que:

(...)

f) o exercício da atividade regulatória, ainda que possa demandar alterações ou acréscimos no marco regulatório vigente, não pode desconsiderar que a ANTT dispõe de competência limitada para promover alterações nas condições contratuais originalmente pactuadas, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.’ (grifo não constante do original)

37. Desse modo, a adoção das ‘melhores práticas regulatórias, incorporando novas tecnologias e serviços’ estabelecida pela Medida Provisória nº 752/2016, bem como a ‘ratificação, adaptação e adequação dos contratos de concessão às boas práticas de regulação, nos termos da legislação vigente’, determinada pelo formulador de política pública não autorizam a ampla e irrestrita repactuação contratual, nos termos ora pretendidos.

38. Desse modo, entende-se que a repactuação ampla do contrato de concessão que se pretende implementar configura verdadeira burla ao processo licitatório.

(...)

3.2.4.3. Do Caderno de Modelagem Econômico-Financeira

3.2.4.3.1. Das premissas gerais

82. Considerando que a data de referência dos estudos e os dados macroeconômicos empregados apresentam significativa defasagem temporal e tendo em vista o impacto que ocasionam na modelagem econômico-financeira, indaga-se: serão efetuadas as suas respectivas atualizações? Em caso negativo, justifique.

83. No que se refere à capacidade, conforme salientado anteriormente, o modelo considera a saturação da malha paulista no ano de 2023 (...).

(...)

85. Nesse sentido, indaga-se:

a. quais os estudos considerados? Quem elaborou?

b. qual a estimativa dos investimentos necessários para atender toda a demanda?

c. não haveria certa contradição nas premissas do modelo acerca da possibilidade de expansão da capacidade?

d. se é factível a expansão da capacidade e se há demanda expressiva reprimida, por que não estão sendo considerados tais investimentos no presente momento, especialmente considerando a previsão de cobrança do valor de outorga?

3.2.4.3.2. Das estimativas de receitas

86. De acordo com o estudo (parágrafo 42), no caso da carga própria, as ‘tarifas para o transporte de açúcar e grãos foram obtidas a partir do plano de negócios da ALLMP, protocolizado na ANTT como um dos requisitos exigidos para a prorrogação. Para as demais mercadorias, o valor decorre de média ponderada das tarifas exigidas dos seus usuários no

exercício de 2015, extraídas do Sistema SAFF, desenvolvido e empregado pela ANTT.’ A esse respeito, justifique a diferenciação de tratamento e explique seus impactos.

87. Em relação às tarifas relativas ao tráfego mútuo e ao direito de passagem, foram considerados os termos do Acordo em Controle de Concentrações firmado com o CADE, de que trata o Processo SEI nº 08700.000871/2015-32? Particularmente no que se refere ao tráfego mútuo, há alguma reclamação no âmbito da ANTT em relação às tarifas praticadas?

3.2.4.3.3. Dos custos operacionais (Opex)

88. A modelagem econômico-financeira estimou os custos operacionais da concessão a partir dos custos reais registrados pelas concessionárias que integram o Grupo Rumo:

67. Os custos fixos, variáveis e despesas utilizadas no fluxo de caixa, foram obtidos a partir dos valores efetivamente registrados pelas concessionárias de ferrovia do Grupo Rumo, nos seus respectivos balancetes contábeis.

68. Conforme a Deliberação ANTT nº 101, de 03 de maio de 2012, cabe à Rumo S/A, sucessora da América Latina Logística S/A, enviar trimestralmente à ANTT balancetes contábeis das concessionárias ALLMP, ALLMS, ALLMO e ALLMN, na forma consolidada, excluídas as transações entre as companhias relacionadas na consolidação, de forma a refletir financeiramente a operação conjunta das concessionárias. Em linhas gerais, são produzidos balancetes como se as quatro concessionárias fossem uma única empresa.

89. Ainda de acordo com a referida modelagem, ‘ao valer-se dessa base de dados, elimina-se eventuais erros ou alocações de custos inadequados entre as empresas que pudessem distorcer os resultados das projeções. Dessa forma, optou-se por projetar os custos e despesas a partir de registros contábeis consolidados, ao invés de valer-se de dados contábeis unipessoais da ALLMP.’ [vide Acórdão 2200/2015-TCU-Plenário]

(...)

91. Em face do exposto, indaga-se a ANTT acerca da compatibilidade do cálculo do opex com a premissa de adoção das melhores práticas regulatórias.

3.2.4.3.4. Do valor de outorga

92. Tendo em vista que a Medida Provisória nº 752/2016, em seu art. 5º, §3º, admite a prorrogação do contrato de concessão por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação admitido em contrato, explique a opção pela prorrogação do contrato pelo prazo máximo, com o consequente pagamento de outorga.

93. Ainda em face do disposto na Medida Provisória no 752/2016, em seu art. 5º, § 3º, qual seria o prazo contratual necessário para a amortização dos investimentos propostos? Apresentar o referido cenário e respectiva memória de cálculo.

94. Nesse mesmo contexto, qual seria o prazo contratual necessário para a amortização dos investimentos propostos considerando a estimativa dos encargos da concessionária em favor do Poder Concedente, conforme previsto na Tabela 5 (pág. 30) do Relatório Final, no montante de R\$ 1.004.798.967,6? Apresentar o referido cenário e respectiva memória de cálculo.

95. Por oportuno, questiona-se como se deu a apropriação do valor de outorga na modelagem econômico-financeiro, para fins tributários e suas implicações.

3.2.4.4.1. Da situação de conservação e manutenção dos trechos

96. Em relação à situação de conservação e manutenção dos trechos ferroviários constantes da Tabela 1 [transcrita abaixo], disponibilizar todas as avaliações constantes dos Relatórios de Inspeção elaborados desde a celebração do contrato de concessão.

Tabela 1: Situação de conservação e manutenção dos trechos ferroviários da Malha Paulista

Trecho ferroviário	Situação de conservação e manutenção
Marco Inicial – Boa Vista	Regular
Boa Vista - Canguera	Bom
Canguera - Evangelista	Regular
Evangelista – Perequê	Ruim

3.2.4.4.2. Da segurança de tráfego

97. De acordo com o Relatório Final (parágrafo 70), “em 2015, de acordo com o SAFF, o índice de acidentes da Malha Paulista foi de 23, ao passo que o índice geral das concessionárias de transporte ferroviário de cargas no Brasil foi de 13”. Indaga-se se o significativo desvio em relação às demais concessionárias, em que pese o aparente cumprimento por parte da concessionária das metas de segurança, não caracterizaria a inadequação das metas definidas para a ALLMP. Justifique.

3.2.4.4.3. Dos trechos ferroviários sem tráfego

98. O Relatório Final (parágrafo 73) esclarece que estudo sobre a densidade de tráfego na malha ferroviária federal realizado pela ANTT, em 2013, ‘mostrou que dos 1.989 km de linha férrea administrada pela Concessionária, cerca de 835 km não possuem tráfego de trens, representando, portanto, 42% do total de suas linhas.’ Questiona-se:

- quais fatores levaram a essa situação? Justifique.
- Pode ser atribuído à concessionária? Justifique.
- os trechos ferroviários constantes da Tabela 2 [transcrita abaixo], apresentavam tráfego à época da celebração do contrato de concessão? Em caso afirmativo, explicar, as circunstâncias em que se deu a descontinuidade do tráfego.

Tabela 2: Lista dos trechos ferroviários da Malha Paulista sem tráfego na atualidade e suas extensões

Trecho	Extensão (Km)
Ramal de Piracicaba	45,206
Pradópolis – Colômbia	185,644
Bauru – Tupã – Panorama	369,171
Samaritã – Cajati	213,511
Ramal Varginha	21,860
Total	835,392

(...)

3.2.4.4.4. Do desempenho operacional

101. O Relatório Final (parágrafo 74) esclarece que o desempenho operacional das concessionárias é aferido pelos seguintes indicadores: i) Velocidade Média Comercial-VMC; e

ii) Velocidade Média de Percurso - VMP. Considerando que o próprio relatório assevera que os indicadores da ALLMP são significativamente inferiores ao da média das demais operadoras, indaga-se:

- quais fatores justificam o desempenho da concessionária? Quais podem ser atribuídos exclusivamente à concessionária? Justifique.
- No entendimento da ANTT, o desempenho apresentado pela concessionária justifica a análise prévia e favorável do contratado em garantir a continuidade e a adequação dos serviços, para fins de prorrogação antecipada do contrato de concessão, em atendimento aos termos do art. 8º, parág. 2º, da Medida Provisória nº 752/2016?”

III.2

Minuta de Contrato – Crítica da 3ª CCR do MPF

A ANTT, como visto, a despeito de várias incertezas destacadas em seu próprio Relatório Final, produziu minuta de aditivo ao contrato da concessão, visando sua prorrogação. A 3ª CCR do MPF, em avaliação analítica dessa minuta, elencou possíveis ilicitudes e inconsistências. Destacou:

a) a desfiguração completa do contrato original, inclusive objeto enunciado no contrato (item 47 do anexo ao ofício da 3ª CCR do MPF);

b) a ausência de inventário prévio da malha ferroviária, denunciada pela previsão contida na minuta de aditivo ao contrato que estabelece prazo de 18 (dezoito) meses a partir da celebração da aventada alteração contratual para a sua apresentação (item 48);

c) a avaliação segmentada da viabilidade econômica de trechos da malha, em vez da verificação da viabilidade da concessão como um todo (itens 49 e 50);

d) a atribuição à concessionária da responsabilidade pela investigação de acidentes ferroviários e a prerrogativa de ajuizar ação de regresso em face os responsáveis pela ocorrência de acidentes (itens 52 e 53);

e) a saturação da capacidade da ferrovia já em 2023 (itens 54 e 55);

f) “(...) as operações de direito de passagem e tráfego mútuo representam cerca de 75% da produção de transporte total da concessionária, dos quais, cerca de 90% decorrem de tráfego mútuo com a América Latina Logística Malha Norte - ALLMN, concessionária não sujeita a qualquer teto tarifário” (itens 57 a 62);

g) a discriminação de usuários já levou o CADE a impor Acordo em Controle de Concentrações na operação entre a Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. - Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65 (itens 57 a 63);

h) as ditas “**tarifas acessórias**” - de carregamento, descarregamento, manobra e armazenagem -, diferentemente da tarifa teto, não são reguladas pela ANTT; o contrato viabiliza a discriminação de usuários, quanto a essas tarifas (item 63);

i) o Capítulo 21, Seção 21.2, da minuta de termo aditivo, estabelece que o “o preço a ser cobrado pelas Operações Acessórias será definido em negociação com o Usuário, assegurado o tratamento isonômico e não discriminatório” (item 63);

j) o Capítulo 23, Seção 23.1, da minuta estabelece que a concessionária “fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência dos demais investimentos que tenham realizado na Malha Paulista e em Material Rodante, no período de 1º de janeiro de 2016 até avigência deste [●] Termo Aditivo, desde que tenham sido autorizados previamente pela ANTT” (item 66);

k) há substancial defasagem de tempo entre a data de referência dos estudos de demanda e os dados macroeconômicos empregados pela ANTT (item 82 a 84);

l) “a modelagem econômico-financeira estimou os custos operacionais da concessão a partir dos custos reais registrados pelas concessionárias que integram o Grupo Rumo”. No entanto, a utilização de “dados reais para a projeção de custos de um dado negócio é amplamente questionado como uma prática adequada de regulação, visto que, em muitas ocasiões, remunera agentes sabidamente ineficientes” (itens 88 a 91).

A 3ª CCR do MPF dirigiu vários questionamentos à ANTT acerca da minuta de aditivo ao contrato de exploração da Malha Paulista, os quais são sintetizados em seguida:

a) “qual a viabilidade jurídica de um termo aditivo a um contrato de concessão, em regra, acessório, subsistir sem o principal? Explique”;

b) “a delimitação do objeto da concessão, conforme redação dada pela minuta do termo aditivo, altera o objeto? Explique”;

c) “qual a justificativa para a exclusão das receitas alternativas do objeto da concessão; quais as implicações regulatórias dessa alteração? Explique”;

d) “a ANTT já realizou algum inventário da referida malha? Em caso negativo, justifique”;

e) a modelagem econômico-financeira da concessão considera a avaliação da viabilidade econômica dos citados vários trechos ferroviários que integram a Malha Paulista de forma individualizada? Em caso afirmativo, essa análise individualizada é adequada? A avaliação não deveria se dar acerca da viabilidade da concessão como um todo?

f) quais ativos poderiam ser adquiridos pela concessionária; esses ativos poderiam ser explorados pela concessionária?

g) qual a viabilidade lógica e jurídica de atribuir à concessionária a apuração e elucidação das responsabilidades de envolvidos em acidentes ferroviários? Não haveria conflito de interesses, nessa hipótese?

h) qual a eficácia das disposições previstas na minuta de termo aditivo acerca do compartilhamento da infraestrutura ferroviária, tendo em vista a saturação da capacidade da ferrovia já em 2023?

i) a capacidade reservada para compartilhamento da infraestrutura ferroviária em direito de passagem com a Ferrovia Norte-Sul S.A. – FNS definida nos termos da minuta de contrato aditivo está adequada aos estudos de viabilidade da referida ferrovia?

j) a proposta contida na minuta de contrato elaborada pela ANTT cria novos direitos e deveres em relação contrato original?

k) o modelo de regulação de preços previsto na minuta de termo aditivo contrato representa evolução benéfica em relação ao resultante do contrato em vigor?

l) o regramento contido na minuta de termo aditivo ao contrato garante evolução no sentido de assegurar aos potenciais usuários o efetivo direito de passagem pela Ferrovia?

m) “por que as atividades alternativas não integram o objeto do contrato de concessão?”

n) qual a finalidade do dispositivo contido na minuta de contrato (Capítulo 22, Seção 22.1), segundo o qual “mediante autorização prévia da ANTT, o contrato de Atividade Alternativa poderá ter prazo superior ao do Contrato de Concessão”?

o) qual o modelo de regulação econômico-financeira proposto na minuta de termo aditivo ao contrato? É de regulação por custo? Ou regulação por resultado? A minuta de termo aditivo altera o modelo de regulação econômica atual?

p) “o contrato vigente prevê o mecanismo de revisão anual? Tendo em vista as obrigações impostas à concessionária e as consequências decorrentes do seu descumprimento, é adequada a previsão de revisão anual, em decorrência de antecipações e postergações do Plano de Investimentos?”

q) qual o fundamento de validade jurídica do reequilíbrio mediante “pagamento direto entre Concessionária e União”, previsto na minuta de termo aditivo ao contrato (Capítulo 28, Seção 28.1)?

r) quais riscos foram estabelecidos na minuta de aditivo de modo distinto do previsto no contrato vigente? Por que motivo?

s) serão efetuadas atualizações nos estudos de demanda, visto que apresentam significativa defasagem temporal em relação aos parâmetros macroeconômicos empregados? Quem elaborou os estudos

t) qual a estimativa dos investimentos necessários para atender toda a demanda?

u) “se é factível a expansão da capacidade e se há demanda expressiva reprimida, por que não estão sendo considerados tais investimentos no presente momento, especialmente considerando a previsão de cobrança do valor de outorga?”

v) Como se deu a apropriação do valor de outorga na modelagem econômico-financeiro, para fins tributários e quais suas implicações?

Interesse Público – prorrogação do contrato

O Poder Executivo, a ANTT e a concessionária que opera a Malha Paulista já emitiram sinais claríssimos no sentido de que pretendem implementar a prorrogação antecipada do contrato de concessão sob exame. Várias notícias veiculadas na imprensa evidenciam essa intenção. Apenas a título de exemplo, destaquem-se as seguintes matérias de O Estado de S. Paulo e do Valor Econômico.

“Governo quer antecipar a renovação de 5 concessões de ferrovias neste ano

Pacote de renovação, que deve ser assinado no segundo semestre, inclui 13.526 km de estradas de ferro, com investimentos que podem chegar a R\$ 25 bilhões

Lu Aiko Otta e André Borges, O Estado de S. Paulo

26 Fevereiro 2017 | 05h00

BRASÍLIA - O governo prepara a renovação antecipada de cinco concessões de ferrovias. Os contratos previstos para serem assinados no segundo semestre envolvem 13.526 quilômetros de estradas de ferro, trechos que devem receber até R\$ 25 bilhões em investimentos nos próximos cinco anos.

Uma bateria de processos de audiência pública já foi programada para colher sugestões e críticas sobre a renovação para cada um desses contratos. Uma equipe de técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) também tem alinhado detalhes das propostas com o Tribunal de Contas da União (TCU), com o propósito de evitar desgastes nos processos de renovação das concessões ferroviárias.

O primeiro conjunto de ramais previsto para ter o contrato de concessão renovado por mais 30 anos é a Malha Paulista, que já está em processo de audiência pública. Na sequência, será submetida ao processo de audiência e ao crivo do TCU a prorrogação antecipada dos 1,6 mil km de trilhos da MRS Logística, que atua na Região Sudeste. Depois, virão os contratos da Estrada de Ferro Vitória-Minas, Estrada de Ferro Carajás e Ferrovia Centro-Atlântica(...). – grifou-se esse último trecho em destaque.

“Valor Econômico

04/05/2017 05:00

Texto aprovado flexibiliza regras para setor ferroviário

Por Fernanda Pires e Daniel Rittner

Quem saiu definitivamente vitorioso com o texto da MP das Concessões aprovado ontem foi o setor ferroviário. O texto flexibilizou as regras para as concessionárias pedirem a renovação antecipada dos contratos: praticamente todas as concessões passam agora pelo ‘funil’.

Com isso, o que era dúvida, como a renovação da Malha Sul, da Rumo, importante ferrovia que vai do Paraná ao Rio Grande do Sul e cujo nível de serviço é correntemente alvo de críticas dos usuários, se encaixa na regra.

(...)

Ainda, a MP prevê que o processo passe previamente ao Tribunal de Contas da União (TCU). **A ANTT recebeu ao menos seis pedidos de prorrogação antecipada: Malha Paulista, processo mais adiantado,** e Malha Sul, ambas da Rumo; MRS; Ferrovia CentroAtlântica (VLI); e Estrada de Ferro Carajás e Estrada de Ferro Vitória a Minas (ambas da Vale). Em 2016, o setor cresceu 2,2% sobre 2015, para 503 milhões de toneladas, e a produtividade avançou 2,4%, para 340 bilhões de TKUs.” – grifou-se esse último trecho em destaque.

A prorrogação do contrato sob exame é, pois, mais que uma possibilidade concreta, uma forte probabilidade. O exame realizado pela 3ª CCR do MPF, no entanto, deixa claro que a alternativa de prorrogação antecipada do contrato de concessão da Malha Paulista não se fez acompanhar da demonstração prévia de que tal solução se afigura mais vantajosa do que a realização de nova licitação

para o empreendimento, consoante exige o art. 8º da acima transcrita MP 752/2016. A ANTT, a despeito disso, segundo diversas evidências, trabalha no sentido de implementá-la.

Era de se esperar, no entanto, que a ANTT houvesse demonstrado claramente, com base em elementos objetivos, que tal solução privilegia o interesse público, em especial dos potenciais usuários daquela malha ferroviária. Como visto acima, isso não ocorreu. Na verdade, a avaliação efetuada pela ANTT até o presente momento é incompleta, superficial e não conclusiva.

A própria agência reconhece a dificuldade de acesso de potenciais interessados à Malha Paulista, o que é altamente pernicioso para a competitividade nacional. Além disso, o preço do frete cobrado tem se mantido muito próximo ao do frete rodoviário. Tal avaliação também aponta no sentido de que a prorrogação da vigência do contrato e a realização dos novos investimentos estimados em R\$ 4,72, nos moldes da acima multicitada minuta de termo aditivo ao contrato de concessão, não seria capaz de alterar esse panorama.

O Ministério Público de Contas considera pertinentes as conclusões parciais e consistentes os questionamentos dirigidos à ANTT. Além disso, identifica a existência de motivos adicionais que reforçam grande parte das conclusões parciais acima destacadas, os quais passam a ser explicitados no tópico seguinte desta Representação.

V.I

Capacidade de transporte da Malha Paulista

A investigação sobre a pertinência da prorrogação da vigência do contrato de concessão da Malha Paulista, em contrapartida à realização de novos investimentos, deve passar obrigatoriamente pela verificação das implicações de tal medida para a expansão da capacidade de transporte dessa concessão. Tal avaliação deve levar em conta, evidentemente, os resultados da execução do contrato que se encontra em vigor. Exatamente porque eventual prorrogação desse contrato não pode resultar em sua desfiguração. Assim sendo, a conclusão pela pertinência da aventada prorrogação depende, em grande medida, da avaliação da performance do contrato ao longo de seus 18 anos e meio de vigência.

Ocorre que os dados de operação dessa malha ferroviária, ao longo dos anos de exploração dessa ferrovia, revelam que **a produção de transporte pela Malha Paulista situa-se atualmente em patamar inferior ao do período pré-concessão**. Veja-se, a esse respeito, as considerações deduzidas por Ely Arima Takasaki, em sua dissertação intitulada “O NOVO MODELO BRASILEIRO DE EXPLORAÇÃO FERROVIÁRIA”, apresentada em 2014 ao Departamento de Economia da Universidade Brasília, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Economia do Setor Público, com destaques para a performance da Malha Paulista (vide anexo II a esta Representação):

“A. PRODUÇÃO DE TRANSPORTE: PROJETADA X REALIZADA

Nos estudos associados às licitações das malhas da RFFSA, foram projetadas demandas potenciais de transporte ferroviário para o ano de 2002 (2010 no caso do Malha Paulista)¹⁵⁸, considerando-se as demandas existentes à época somadas a demandas incrementais – definidas com base nas áreas geográficas e segmentos de mercado atendidos por outros modais e que poderiam ser “capturadas” pela ferrovia. Nestas projeções, foram consideradas taxas equivalentes a uma média de crescimento anual de 13,3% na produção de transporte a partir de 1994.

Tomando-se como referência os valores projetados e comparando-os com a produção efetivamente realizada em 2002 (**2010 no caso da Malha Paulista**), verifica-se, conforme a Tabela 7 que a produção global realizada foi inferior a 50% do potencial estimado nos estudos de viabilidade que embasaram as concessões. Na análise individual, nota-se que exceto pela FTC, as demais ferrovias apresentaram resultados aquém do projetado para o horizonte de 2002 (2010 para a Malha Paulista), **destacando-se negativamente**

as Malhas Nordeste e Paulista, que produziram efetivamente menos de 20% do valor estimado e as Malhas Centro-Leste e Oeste, que alcançaram menos de 35% do total projetado para o ano de referência. Observa-se que esses resultados seguem de perto *benchmark* internacional. De fato, conforme estimado por Flyvbjerg (2006 *apud* DEHORNOY, 2012)¹⁵⁹, 72% (84%) dos projetos ferroviários apresentam tráfego real inferior ao projetado em percentuais superiores a 40% (20%).

¹⁵⁸ As demandas potenciais constam dos editais de concessão das malhas da RFFSA. Chama a atenção o fato de apenas no edital da malha oeste ter sido incluída informação acerca da capacidade da ferrovia, de 2 bilhões de TKU/ano.

¹⁵⁹ DEHORNOY (2012, p.9)

Tabela 7 – Ferrovias da antiga RFFSA: Produção de transporte (milhões de TKU), por concessionária - 1994, 2002 (estimado e realizado), 2013

Malha	Concessionária - Denominação atual	Produção de transporte (milhões de TKU)				Variação anual média 2002/2013 (%)	Comparativo		
		Realizado 1994	Potencial estimado 2002	Realizado 2002	Realizado 2013		2002 – (Real-Potencial) /Potencial (%)	2013/ 1994 (%)	2013/ Potencial 2002
Oeste	ALLMO	1.916,0	5.200,0	1.707,5	1.484,0	-1,3	-67,2%	77,5	28,5
Centro-Leste	FCA	6.951,0	26.598,0	8.608,0	17.789,0	6,8	-67,6%	255,9	66,9
Sudeste	MRS	20.370,0	37.583,0	29.431,0	61.468,0	6,9	-21,7%	301,8	163,6
Tereza Cristina	FTC	96,0	160,0	191,3	239,0	2,0	19,6%	249,0	149,4
Sul	ALLMS	9.021,0	24.335,0	12.830,2	15.789,0	1,9	-47,3%	175,0	64,9
Nordeste	TLSA	927,0	4.440,0	756,7	535,0	-3,1	-83,0%	57,7	12,0
<u>Paulista</u>	<u>ALLMP</u>	<u>6.473,0</u>	<u>20.972*</u>	<u>4.004*</u>	<u>3.912,0</u>	<u>-6,6</u>	<u>-80,9%*</u>	<u>60,4</u>	<u>18,7*</u>
	TOTAL GLOBAL	45.754,0	119.288,0*	57.528,7*	101.216,0		-51,8%*	221,2	

Fonte: Editais de concessão e ANTT (2014e)

Obs.: * Para a ALLMP, ao invés de 2002, o número se refere ao ano de 2010.

Ao se comparar o volume de produção realizada em 2013 com o potencial estimado para o ano de 2002 (**2010 no caso da Malha Paulista**), verifica-se que apenas duas concessionárias (MRS e FTC) lograram superar os valores projetados para o ano de referência. Como resultado desta análise, pode-se levantar duas hipóteses: as projeções de crescimento de demanda foram demasiadamente superestimadas ou as ferrovias então privatizadas não tiveram êxito em captar a demanda potencial, tendo sido esta atendida por outros modais.

B. EVOLUÇÃO DA PRODUÇÃO DE TRANSPORTE

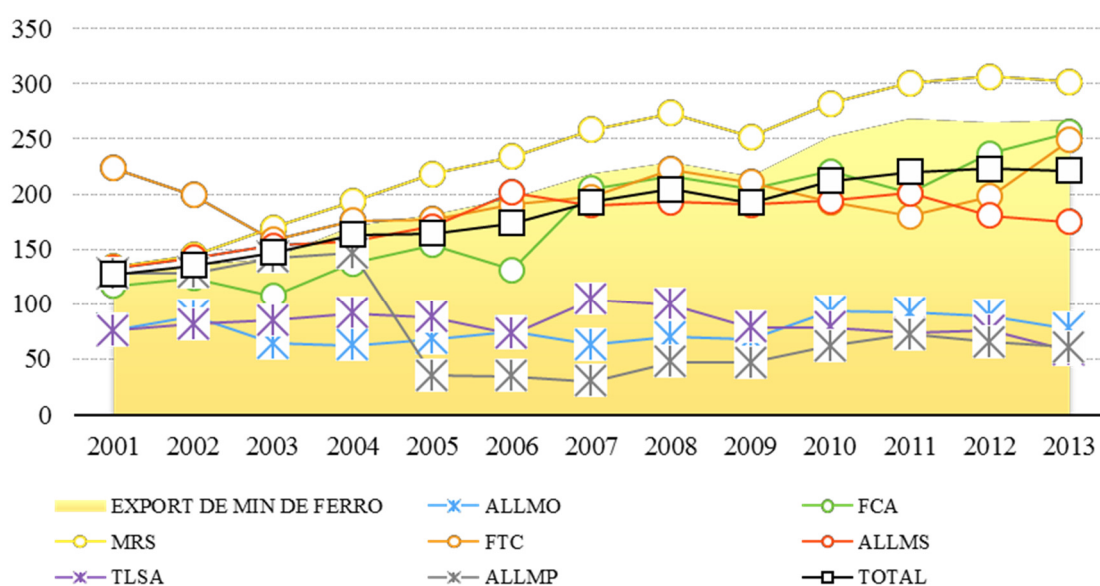
As ferrovias da antiga RFFSA apresentaram aumento significativo na produção após serem concedidas ao setor privado. Enquanto em 1994, previamente aos leilões de concessão, a produção de transporte totalizou 45,7 bilhões de TKU, em 2013 foi registrada produção de 101,2 bilhões de TKU, o que representou uma expansão de 121,2%, correspondente a um crescimento médio anual de 3,0%. Assinala-se que no mesmo período, o PIB brasileiro apresentou elevação de 74,3%¹⁶⁰.

A Figura 7 apresenta a evolução da produção de transporte ferroviário, total e por concessionária, e a evolução do volume exportado de minério de ferro pelo Brasil, no período 2001-2013, tendo 1994 como ano-base.

Da análise individual, pode-se depreender que os resultados alcançados pelas concessionárias foram bastante heterogêneos. Conforme indicado, os principais destaques foram, mais uma vez, a MRS, que em 2013 alcançou produção três vezes maior que a registrada em 1994, e as concessionárias FCA e a FTC, que ampliaram duas vezes e meia a produção na comparação 2013/1994. No outro extremo, observa-se que **em três casos (ALLMO, ALLMP e TLSA¹⁶¹) a produção de transporte tem-se mantido estagnada, em patamares inferiores a aqueles que se tinha previamente às concessões.**

Pode-se também observar no gráfico, que a produção de transporte ferroviário acompanhou de perto a variação no volume de exportações de minério de ferro, sendo possível concluir que o crescimento da produção ferroviária verificada nos últimos dez anos ocorreu, sobretudo, pela expansão da demanda e vendas internacionais do mineral.

Figura 7 - Ferrovias da antiga RFFSA: Índice da evolução da produção de transporte, total e por concessionária, 2001 a 2013; Índice da evolução do volume exportado pelo Brasil de minério de ferro - Ano-base: 1994



Fonte: ANTT (2014e)

Obs.: Ano-base: 1994 (índice 100)

¹⁶⁰ Cf. BCB-Depec (2014). Série: 1208 - Produto interno bruto em R\$ do último ano (2013).

¹⁶¹ Conforme consta no Acórdão TCU nº 621, de 16/09/1998, previamente à concessão, a Malha Nordeste tinha capacidade para o transporte de 1 bilhão de TKU, ou seja, apenas um pouco acima da produção total de 1994 (927 milhões de TKU). Disponível em:

<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC06213898P.pdf>”

(...)

J. MATERIAL RODANTE

Conforme assinalado, nos últimos anos, as concessionárias investiram significativamente em material rodante, totalizando R\$ 5,75 bilhões no período 2006-2013. A Tabela 13 apresenta um comparativo relativo à quantidade de locomotivas e vagões em circulação, por concessionária, previamente às concessões e em 2013. Observa-se que entre os dois momentos considerados, houve um aumento de 65% no total de locomotivas, com 913 locomotivas adicionais em circulação, e 42% de incremento no número de vagões, ampliando em 18.527 o número vagões em circulação em 2013, com relação à frota em operação previamente às concessões.

Na análise individual das concessionárias, pode-se observar que a FCA, a MRS e a ALLMS ampliaram suas frotas de locomotivas em mais de 120% e a de vagões em mais de 50%. **A ALLMP foi a única concessionária a reduzir tanto seu número de locomotivas como de vagões entre os dois momentos considerados.** Outras duas concessionárias (a FTC e a

ALLMO) diminuíram apenas a quantidade de vagões, ampliando, por outro lado, o número de locomotivas em circulação.

Tabela 13 – Ferrovias da antiga RFFSA: Material Rodante em circulação, total e por concessionária – Pré-concessão e 2013

Fonte: ANTT (2014e)

Malha	Concessionária - Denominação atual	Nº de Locomotivas em circulação				Nº de Vagões em circulação			
		2013	Pré-concessão		Var 2013/pré-concessão (%)	2013	Pré-concessão		Var 2013/pré-concessão (%)
Oeste	ALLMO	80	68	jun/95	18%	2.560	2.617	dez/93	-2%
Centro-Leste	FCA	615	268	dez/95	129%	13.109	8.561	dez/95	53%
Sudeste	MRS	782	344	mar/96	127%	19.363	10.530	mar/96	84%
Tereza Cristina	FTC	11	9	jul/96	22%	372	401	jul/96	-7%
Sul	ALLMS	528	235	Jul-Set/96	125%	15.682	9.700	Jul-Set/96	62%
Nordeste	TLSA	109	63	dez/96	73%	1.840	1.780	dez/96	3%
Paulista	ALLMP	183	408	mar/98	-55%	9.942	10.753	mar/98	-8%
	TOTAL	2.308	1.395		65%	62.868	44.342		42%

(...)” - grifaram-se trechos em destaque, os quais se referem à Malha Paulista.

Em consulta ao *site* da ANTT, é possível obter dados de capacidade de transporte para os anos de 2014, 2015, e 2016 (até agosto), que viabilizam o aprimoramento da análise ora em curso:

Tabela 04: Carga Transportada ($\times 10^6$ em Tonelada x Km Útil – **tku**)

Concessionárias	Ano										
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016*
ALLMN	7.446	9.394	11.297	13.887	14.618	16.073	19.451	20.594	22.948	26.110	17.517
ALLMO	1.432	1.203	1.345	1.312	1.783	1.760	1.704	1.483	1.518	1.067	536
ALLMP	2.232	1.909	3.054	3.019	4.004	4.689	4.234	3.907	3.905	3.667	2.678
ALLMS	18.423	17.147	17.378	17.196	17.474	18.121	16.297	15.789	14.692	14.058	8.193
EFC	76.724	83.367	87.516	83.948	91.052	99.567	103.399	101.011	104.177	118.584	87.607
FERROESTE	1.005	620	747	469	273	209	190	153	262	133	109
EFVM	73.442	75.511	72.783	57.929	73.480	74.830	74.075	72.009	72.670	77.156	48.559
FCA	9.132	14.225	15.060	14.198	15.320	13.948	16.479	18.363	18.299	20.932	13.739
FNS	0	0	1.026	1.155	1.524	1.874	2.322	2.457	3.508	4.423	3.784
FTC	183	189	213	202	185	173	190	239	288	273	154
FTL	678	963	920	730	728	681	703	535	604	564	438
MRS	47.662	52.590	55.621	51.273	57.490	61.259	62.408	61.482	64.434	64.754	44.095
TOTAL	238.361	257.117	266.960	245.319	277.930	293.185	301.451	298.021	307.304	331.721	227.412

* até agosto

(...)” – grifaram-se os dados e observações relativos à Malha Paulista.

http://www.antt.gov.br/ferrovias/Evolucao_do_Transporte_Ferrovionario.html

Os dados acima postos em evidências são autoexplicativos e causam verdadeira perplexidade, pois impõem conclusão desanimadora: **a execução desse contrato de concessão contribuiu negativamente para o desenvolvimento do modal ferroviário de transporte no Brasil.** Era de se esperar aumento muito significativo da carga transportada pela Malha Paulista entre o que se verificava no período pré-concessão e o que se dá atualmente. Isso não ocorreu. Ao contrário, houve redução de carga transportada por aquela malha.

Convém registrar, embora seja evidente, que houve incremento da produção industrial e sobretudo da produção agrícola nesses últimos 18 anos e meio (a exploração dessa concessão iniciou-se em 1/1/1999). A demanda por transporte de cargas, portanto, cresceu substancialmente nesse período. A despeito desse aumento de demanda por transporte nessa malha ferroviária, o volume efetivo de carga por ela transportada diminuiu.

A execução desse contrato não contribuiu para a melhoria da logística de transporte de cargas. Na verdade, ao que parece, produziu efeito contrário. Veja-se que, **em 1994, a produção de transporte realizada por essa malha foi de 6.473 milhões de TKU e, em 2015, caiu para 3.667 milhões de TKU** (vide tabelas transcritas acima). Note-se, também, a redução do número de locomotivas e vagões que transitavam por essa malha, destacada na tabela que compara o material rodante em circulação no momento pré-concessão e em 2013.

Ainda que se reconheça a necessidade de aprofundamento e melhor escrutínio dessa análise, **tudo indica que a execução do contrato da Malha Paulista produziu resultados muito ruins.** É de se supor, também, que a prorrogação de tal contrato, nos moldes sinalizados pela ANTT, seria prejudicial para a sociedade brasileira. Nada indica que os investimentos a serem realizados, em contrapartida à aventada prorrogação do prazo de vigência do contrato, produza bons resultados.

Essas conclusões preliminares não derivam apenas da avaliação dos dados relativos à evolução do transporte de cargas por aquela malha ferroviária acima apresentados. Resulta também da esperada impossibilidade de alteração dessa insatisfatória realidade. Isso porque o contrato em vigor implementou modelo de integração vertical que restringe o acesso de interessados à ferrovia. Não parece possível conceber que, por meio de aditivo contratual, se produza alterações radicais em sua conformação.

Mais uma vez, convém invocar as informações e considerações contidas na já mencionada dissertação de mestrado de Ely Arima Takasaki, em que tratou, naquela oportunidade, também do tráfego mútuo e do direito de passagem nas ferrovias da antiga RFFSA. Convém destacar, a propósito, com o intuito de contribuir para a compreensão das informações contidas nessa dissertação, os significados dessas expressões, que estão explicitados no art. 2º da Resolução ANTT nº 3.695/2011:

- tráfego mútuo: “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”;
- direito de passagem: “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”.

A mencionada autora, ao tratar dessas operações realizadas nas ferrovias da antiga RFFSA, assim se manifestou:

“OPERAÇÕES DE TRÁFEGO MÚTUO E DIREITO DE PASSAGEM E USUÁRIO INVESTIDOR

Conforme mencionado, os contratos preveem que as concessionárias devem garantir o acesso a suas malhas a operadores concorrentes.²⁰⁴

A Tabela 14 apresenta a produção de transporte realizada em tráfego mútuo e direito de passagem no período 2004-2008. Apesar de comporem os princípios do processo de desestatização do setor ferroviário, estando previstas desde antes da outorga das concessões, verifica-se que **as operações de compartilhamento de infraestrutura ferroviária e recursos operacionais são ainda restritas**. Conforme se observa, do total produzido pelas malhas que integraram a antiga RFFSA, apenas 12% envolveu a utilização de trechos em mais de uma malha no ano de 2008.

Tabela 14 - Ferrovias da antiga RFFSA: Produção em Tráfego Mútuo (TM) e Direito de Passagem (DP), em bilhões de TKU, por malha receptora – 2004 a 2008

Malha receptora	Concessionária - Denominação atual	2004	2005	2006	2007	2008
Oeste	ALLMO	219,0	218,8	327,8	301,5	253,7
Centro-Leste	FCA	7.169,0	6.769,9	3.198,4	2.070,9	806,6
Sudeste	MRS	1.063,0	648,0	818,2	902,9	841,6
Terez a Cristin Sul	FTC	-	-	-	-	-
Nordeste	ALLMS	417,0	152,7	677,7	430,0	539,6
Paulista	TLSA	18,0	23,5	-	-	11,5
	ALLMP	2.961,0	6.750,6	6.130,0	7.562,3	9.038,5
TOTAL EM TM + DP		12.170,0	11.847,00	14.563,50	11.152,14	11.267,57
% SOBRE PRODUÇÃO TOTAL		15%	14%	17%	13%	12%

Fonte: ANTT (2009a)

²⁰⁴ Este dispositivo é observado no art. 6º do ‘Regulamento dos Transportes Ferroviários’ (Decreto nº 1.832/1996), que determina que as ‘Administrações Ferroviárias são obrigadas a operar em tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores’.

(...)”.

A dificuldade de acesso à Malha Paulista não pode ser considerada como contingência restrita à execução do contrato, em sua versão atual. Na verdade, as implicações de sua prorrogação sobre as operações de tráfego mútuo e de direito de passagem estão sendo mapeadas pelos agentes envolvidos nesse processo e pela imprensa.

Note-se, a propósito, as preocupantes projeções contidas na seguinte matéria veiculada na Folha de São Paulo, acerca das prováveis consequências da prorrogação do contrato da Malha Paulista para a operação da Ferrovia Norte-Sul:

“Concessão da Malha Paulista pode inviabilizar ferrovia que ligará TO a SP

DIMMI AMORA
DE BRASÍLIA

06/02/2017 02h00

As regras de renovação da concessão da Malha Paulista de ferrovias podem [inviabilizar a Ferrovia Norte-Sul](#), que já recebeu mais de R\$ 10 bilhões do governo para ligar Tocantins e São Paulo.

A previsão é que ela seja concluída neste ano. Mas **o novo contrato da Malha Paulista reserva menos de 10% de seu tráfego para trens vindos da Norte-Sul, reduzindo a sua capacidade de escoamento para o Porto de Santos, o principal do país.**

Essa falta de espaço é um dos problemas apontados por especialistas que analisam documentos que dão base ao novo contrato da [Malha Paulista](#), cuja concessão foi assumida pela Rumo, do grupo Cosan, há cerca de dois anos.

Se a renovação for feita, a Rumo teria 40 anos de concessão. O governo quer antecipar em 11 anos a renovação do contrato em troca de investimentos, multas e outorgas estimadas em R\$ 4,7 bilhões, além de assegurar novas regras que garantam a outras empresas acesso à via.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres propõe garantir a passagem diária de dois trens de uma ferrovia à outra, o que daria à Norte-Sul um volume inicial de carga de quase 2 milhões de toneladas por ano, podendo chegar a 3,6 milhões – e que não atenderia às suas necessidades no longo prazo.

Para ter mais espaço, ela terá que negociar com a Rumo, que reservará cerca de 25 milhões de toneladas/ano de sua própria via para a Malha Norte (SP-MT), cuja operação também é dela.

Segundo a Valec, estatal que constrói a Norte-Sul, o trecho Goiás-São Paulo, que já está custando quase R\$ 5 bilhões, foi projetado para até 26 milhões de toneladas/ano.

Ou seja, se a Norte-Sul não conseguir aumentar o seu escoamento pela [Malha Paulista](#), terá dificuldade para escoar cerca de 22 milhões de toneladas/ano. Nessa nova negociação, porém, a Rumo só poderá cobrar da Norte-Sul uma tarifa teto específica.

A Alaf (Associação Latino Americana de Ferrovias) apoiou a renovação do contrato – ato que também teve apoio de clientes da Rumo – e pediu à ANTT, responsável pela concessão, mudanças em três pontos, entre eles a forma de acesso da Norte-Sul à Malha Paulista. O Ministério Público Federal também estuda se solicita mudanças.

A Alaf também critica a regra que permite que, somente após dois anos da renovação, seja dada solução para trechos abandonados pela Rumo. A ideia é que eles sejam refeitos imediatamente.

O problema pode ser ainda maior. **As obras previstas para garantir a renovação do contrato preveem expansão para atender até 75 milhões de toneladas/ano. No entanto, em 2020, quando as obras nem estariam prontas, a demanda prevista já é de 76 milhões de toneladas/ano na Malha Paulista.**” - grifaram-se os trechos em destaque.

<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/02/1856089-nova-concessao-da-malha-paulista-pode-inviabilizar-ferrovia.shtml>

Enfim, a prorrogação do prazo de vigência do contrato da Malha Paulista pressupõe investigação detida acerca da produção de transporte resultante da execução de tal contrato. Essa avaliação deverá, portanto, constar dos estudos de que trata o art. 8º da Lei 13.448/2017.

V.II

Modelo de exploração da Malha Paulista

O modelo de integração vertical foi adotado no processo de privatização das administrações ferroviárias no Brasil. Em tal modelo, a concessionária é responsável pela exploração da infraestrutura ferroviária e também por prover o serviço de transporte.

Os dados de produção da Malha Paulista apontam para a necessidade de detida reflexão acerca da remodelagem da forma de exploração das concessões ferroviárias brasileiras. Nesse sentido, não parece razoável que a avaliação sobre a pertinência ou não de prorrogação do contrato sob exame se faça sem que a ANTT tenha se debruçado minuciosamente sobre esse assunto.

É preciso considerar que a infraestrutura ferroviária é um bem público e tem de ser pensada e estruturada para melhor atender às necessidades de logística do país e não para atender à conveniência da empresa que neste momento detém a concessão.

Mesmo com a perspectiva de novos investimentos a serem realizados pela concessionária, é preciso questionar e investigar quais investimentos ela já deveria ter feito para manutenção da infraestrutura e atingimento dos níveis de serviço estabelecidos contratualmente e, ainda que todos os investimentos agora prometidos fossem novos, é preciso comparar a alternativa de manter o modelo atual por mais quarenta anos (!) com a possibilidade de se alterar o modelo.

Não se desconhece a complexidade da matéria sob exame. Muito menos se pretende, nesta oportunidade, indicar a solução adequada para a concessão sob exame. No entanto, a opção pela prorrogação antecipada do contrato de concessão sob exame não pode se dar sem a investigação sobre a efetividade do modelo ferroviário atual para a **integração operacional do sistema ferroviário brasileiro**. Isso porque a prorrogação ora discutida impor a perpetuação de tal modelagem, que não tem produzido resultados concretos satisfatórios, consoante revelam os dados exposto no tópico anterior desta representação.

Apenas a título de registro, anote-se que a citada monografia tratou dos modelos de exploração de ferrovias e apresentou as soluções implementadas em vários países. Confrontou, também, aspectos positivos e negativos para cada um dos modelos. Destacou que “o regime de ‘*open access*’ encontra-se mais difundido na União Europeia e Austrália, ainda que também tenha sido adotado em países que não promoveram a separação vertical”; “que as combinações de modelos de exploração ferroviária são bastante variadas e, conforme DI PIETRANTONIO e PELKMANS (2004)²⁴¹, nenhum modelo *per se* é o melhor”. Sinalizou, ao final, como adequada a opção pela implementação conjugada do “*unbundling*” e “*open access*”. Anotou, contudo, que “caberia uma análise específica que tratasse de identificar se para a circunstância brasileira, a combinação de separação vertical e ‘*open access*’ seria a mais recomendável”.

²⁴¹ DI PIETRANTONIO e PELKMANS (2004, p.24)

A propósito desse tema, convém ainda reproduzir matéria veiculada em revista especializada:

“Open Access: modelo que deu certo na Europa

09/11/2012

A Alemanha tem uma área de 356.733 km² um tamanho 23 vezes menor que o Brasil, mas possui os mesmos 29 mil km de ferrovias. Segundo Wolfgang Pelousek, CEO da DB International Brasil, a maior diferença entre as duas malhas é o modelo adotado na malha alemã, o *open access*. A adoção do modelo mais que triplicou o investimento em ferrovias no país, a partir de 1994 quando foi implantado.

Pelousek foi um dos palestrantes do painel "A Importância da Reestruturação do Marco Regulatório no Setor Ferroviário", durante o NT 2012, que também contou com a participação de Vicente Abate, presidente da Abifer; Marcel Kaufmann, Head of Railway

da Freshfields Bruckhaus Deringer; Fábio Barbosa, da ANTT; e Rodrigo Vilaça, presidente da ANTF.

Marcel Kaufmann, Head of Railway da Freshfields Bruckhaus Deringer, afirmou que a regulamentação é a respostas às falhas do mercado e citou o *open access* como uma alternativa para a malha ferroviária brasileira, assim como ocorre na Alemanha. A Alemanha conta hoje com mais de 300 operadores circulando na sua malha ferroviária. O modelo trouxe grandes avanços também à Dinamarca e Holanda.

No modelo *open access*, a infraestrutura fica com um operador que também controla o tráfego. Nessas vias circulam vários operadores ferroviários. Segundo Wolfgang Pelousek, antes do modelo *open access* eram investidos cerca de 2,1 bilhões de euros na malha ferroviária alemã, enquanto após a implantação esse investimento passou para 7,4 bilhões ao ano. Os representantes alemães concordaram que para o *open access* funcionar é primordial que exista transparência entre as operadoras.

(...)"

<http://revistaferroviaria.com.br/index.asp?InCdEditoria=1&InCdMateria=17092>

A avaliação da ANTT sobre a pertinência da prorrogação do contrato de concessão da Malha Paulista não pode prescindir da comparação entre as consequências da perpetuação do modelo de integração vertical em confronto com aquelas que resultariam da opção pelo *open access*. Deve também atentar para a experiência de outros países. Não é razoável admitir que decisão de tamanha relevância para a desenvolvimento do país seja adotada sem a produção de amplo e balizado estudo, baseado em dados objetivos, que projetem, para o longo prazo as implicações da alternativa escolhida.

Vale repisar que se cogita de prorrogar antecipadamente o contrato em tela por mais 30 anos, contados do encerramento da vigência do contrato, previsto apenas para 2028.

A atuação da ANTT, no entanto, até o presente momento, não revela o necessário cuidado com os impactos para os potenciais usuários da concessão e para a sociedade no longo prazo. Essa avaliação é fundamental para a decisão sobre eventual prorrogação do contrato. Exatamente porque informará se o contrato atual viabilizaria o pretendido incremento do tráfego de cargas doravante ou se configuraria verdadeiro empecilho para o alcance desse objetivo.

Em avaliação preliminar, não parece razoável cogitar da prorrogação de prazo de contrato que produziu, ao que tudo indica, resultados muito ruins. De todo modo, caberá à ANTT neste momento se aprofundar nessa análise, que deverá constar dos estudos de que trata o § 1º do art. 8º da Lei 13.448/2017.

V.III

Descumprimento de contrato – serviço adequado

A performance da concessão da Malha Paulista sugere também a necessidade de se promover verificação efetiva acerca do cumprimento de cláusulas fundamentais do respectivo contrato, em especial daquelas contidas nos itens 9.1 VIII, XVI, XX, XXII, XXX, XXXI do contrato de concessão, que pode ser encontrado no seguinte link: <file:///D:/Users/andremv/Downloads/ferroban.pdf> . Os referidos comandos desse contrato estabeleceram, entre outras, as seguintes obrigações para a concessionária:

“CLÁUSULA NONA - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES

São obrigações das partes:

9.1- DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA:

(...)

VIII) Prestar serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sem qualquer tipo de discriminação e sem incorrer em abuso de poder econômico, atendendo às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

(...)

XXI) Cumprir e fazer cumprir os tratados, acordos e demais atos internacionais vigentes, no tocante ao transporte ferroviário;

(...)

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;

(...)

XXXI) Cumprir e fazer cumprir o Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04 de março de 1996;

(...)”

O item 9.1 XXXI do contrato de concessão, acima transcrito, impõe a observância do disposto no Decreto 1832/1996. Segundo disposto no art. 6º desse decreto:

“Art. 6º As Administrações Ferroviárias são obrigadas a operar em tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores.

§ 1º As condições de operação serão estabelecidas entre as Administrações Ferroviárias intervenientes, observadas as disposições deste Regulamento.

§ 2º Eventuais conflitos serão dirimidos pelo Ministério dos Transportes.”

Em face dessas obrigações impostas à concessionária, era de se esperar que a execução desse contrato de concessão conduzisse a elevação contínua e sustentada do transporte de cargas por essa malha. Isso, no entanto, como visto acima, não ocorreu. **Assim sendo, considera-se indispensável obter da ANTT manifestação sobre a aderência ou não da exploração da concessão sob exame às obrigações contratuais impostas à concessionária acima evidenciadas, desde o início de sua vigência até os dias atuais, tendo em vista especialmente a involução do volume de carga transportada nesse período, consoante destacado no tópico V.I desta Representação.**

VI

Acesso a informação

A prorrogação do contrato da Malha Paulista não é questão de interesse apenas dos agentes públicos e privados diretamente envolvidos nesse processo. Na verdade, as consequências das decisões a implementadas pelo poder e pela ANTT afetam interesses de inúmeros agentes econômicos e do cidadão comum. As implicações das decisões que se encontram na iminência de serem adotadas afetarão o desenvolvimento econômico do país. Especialmente em razão da posição estratégica dessa malha ferroviária.

Por esses motivos, a publicidade e transparência das informações que permitem a medição dos resultados dessa concessão é crucial. **A sociedade deve estar plenamente informada sobre a realidade da produção de transporte dessa malha ferroviária.** No entanto, como visto acima, uma

das partes mais relevantes da análise contida nesta representação valeu-se fundamentalmente de dados extraídos da acima citada tese mestrado. É bem verdade que essa análise do modelo de exploração ferroviária no Brasil baseou-se em dados produzidos pela ANTT, mas não é possível encontrá-los atualmente em seu *site*.

Tal omissão ou ausência de maior transparência para o público, no entender do autor desta Representação, é altamente indesejável. Impede o acesso de agentes econômicos, associações e cidadãos comuns a dados relevantes. Retira desses agentes a possibilidade de promoverem avaliação baseada em dados objetivos acerca das implicações das aventadas prorrogações de contratos de concessões ferroviárias, mediante realização de novos investimentos. Tema de tal envergadura, de elevado impacto para a economia do país, deve ser exposto ostensivamente.

Por esse motivo afigura-se, desde já, necessário expedir determinação à ANTT no sentido de que sejam disponibilizados, em seu site, informações analíticas sobre os contratos de concessões ferroviárias em curso, que permitam a visualização do desempenho de cada uma das concessões em vigor e a evolução do desempenho dessas concessões desde o período pré-concessão até o momento atual.

VII

Requisitos para a concessão de cautelar

O Ministério Público de Contas considera necessária a expedição de MEDIDA CAUTELAR com o objetivo de impedir eventual assinatura precipitada de termo aditivo ao contrato de concessão da Malha Paulista visando à prorrogação antecipada de seu prazo de vigência, até que o Tribunal de Contas da União se manifeste a respeito dessa medida e, se for o caso, a endosse.

Busca-se assegurar o respeito às exigências constitucionais e legais e impedir a produção de indesejáveis efeitos jurídicos resultantes de prorrogação de contrato eivada de vícios. Os requisitos para a adoção dessa providência estão plenamente evidenciados acima e são sintetizados em seguida.

O **fumus boni iuris** decorre da ausência de estudos consistentes realizados pela ANTT capazes de demonstrar que a aventada prorrogação seria mais benéfica para a sociedade e, em particular, para os potenciais usuários da concessão do que a realização de prévia licitação (art. 8º da Lei 13.448/2017). Em verdade, há elementos que apontam no sentido de que tal medida seria indesejável, visto que não produziria contribuição realmente benéfica para a melhoria da logística do transporte de carga por essa ferrovia. Veja-se, em especial, que a execução do contrato de concessão em vigor levou a uma redução do volume de carga transportado pela ferrovia, considerados os momentos atual e anterior ao da vigência do contrato (vide em especial tópico V.I desta Representação). Além disso, a pretendida prorrogação demanda, em face do que prescreve, o art. 11 da referida lei, **prévia** aprovação do TCU.

O **periculum in mora** resulta da manifesta intenção do poder concedente, da ANTT e da concessionária que opera a Malha Paulista de implementarem tal prorrogação, mesmo sem que tenham sido produzidos estudos consistentes que indiquem a convergência entre a anunciada prorrogação de contrato e o interesse público. Além disso, é bem possível que os agentes envolvidos nesse processo venham a celebrar o termo aditivo antes de encaminharem ao TCU os estudos de que trata o art. 8º Lei 13.448/2017. Embora essa interpretação, ao ver do MP de Contas, atente contra o espírito do art. 11 dessa lei, não se pode ignorar que tal comando não condiciona, de modo explícito, a assinatura do termo aditivo de prorrogação do contrato à prévia manifestação do TCU. Esses elementos de convicção, portanto, revelam risco concreto de celebração de termo aditivo de prorrogação contratual sem que haja comprovação de que tal solução atenderia ao interesse público.

VIII

TC 009.032/2016-9 – Acompanhamento instaurado

Convém destacar a existência de processo instaurado para acompanhamento, de forma genérica, dos atos e procedimentos preparatórios para a prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias prevista na Portaria 399/2015, do Ministério dos Transportes e na Resolução ANTT 4.795/2015. No âmbito desse processo, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária promoveu diligências, por meio das quais realizou pertinentes e relevantes questionamentos ao Ministério dos Transportes e à ANTT, que estão sendo atendidos. Não há, ainda, manifestação da unidade técnica acerca dos documentos e esclarecimentos já apresentado.

IX

Pedidos

Em face de todo o exposto, o Ministério Público de Contas requer a adoção das seguintes providências:

- a) seja conhecida a presente representação;
- b) seja determinado à ANTT, em caráter cautelar, com suporte no que prescreve o art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 276 do Regimento Interno do TCU, que se abstenha de assinar termo aditivo ao contrato de concessão da Malha Paulista visando à prorrogação antecipada de seu prazo de vigência, até que o Tribunal de Contas da União avalie e aprove, se for o caso, o “estudo técnico prévio” de sua responsabilidade que demonstre a “vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação”, em face do que prescrevem os comandos contidos nos arts. 5º a 11 da Lei 13.448/2017;
- c) seja determinado a ANTT que faça constar de tais estudos, com o objetivo de garantir o cumprimento dos requisitos estabelecidos nos arts. 8º e 9º da Lei 13.448/2017, além da verificação de todos os requisitos objetivos explicitados nos comandos legais acima referidos:
 - c.1) a avaliação sobre a **evolução do volume de cargas transportadas pela Malha Paulista**, a qual deverá levar em conta o período que antecede o início da vigência do contrato de concessão sob exame e se estender até o momento presente;
 - c.2) as razões que, no entendimento dessa agência reguladora, conduziram à apontada redução da capacidade de transporte ao longo desses anos, conforme destacado no tópico V.I desta Representação;
 - c.3) a manifestação dessa agência reguladora sobre a compatibilidade entre a execução do contrato de concessão da Malha Paulista e a pretendida expansão da capacidade do tráfego do subsistema ferroviário e, especialmente, sobre as perspectivas da aventada prorrogação do contrato para tal expansão;
 - c.4) as considerações acerca da estimada saturação da capacidade de carga da ferrovia em 2023, mesmo na hipótese da realização dos investimentos propostos (R\$ 4,72 bilhões), portanto antes mesmo do término do prazo contratual atualmente em vigor, conforme destacado na Seção 4.5.1.1, do citado Relatório Final dessa agência reguladora;
 - c.5) as razões que impedem a redução significativa das tarifas cobradas pela ALL – América Latina Logística Malha Paulista S.A. para transporte de cargas, visto que tais tarifas se situam em patamar muito próximo ao das tarifas rodoviárias (vide itens do Relatório Final da ANTT transcrito no tópico III.1 desta Representação);
 - c.6) as considerações acerca da pertinência ou não da perpetuação do modelo de integração vertical, em que o concessionário do trecho ferroviário administra a malha e detém monopólio na exploração do transporte, em detrimento do modelo denominado “*open access*”, uma vez que a aventada prorrogação do contrato de concessão da Malha Paulista implicaria a manutenção do modelo vigente;

c.7) as respostas dessa agência reguladora aos questionamentos efetuadas pela 3^{aa} Câmara de Coordenação e Revisão – Consumidor e Ordem Econômica do Ministério Público Federal dirigidos a essa agência reguladora, referidos no tópico III desta Representação;

d) seja determinado à ANTT que disponibilize, em seu site, em área de fácil acesso ao público, todos os dados relevantes relacionados à execução dos contratos de concessão de ferrovias, inclusive aqueles relativos à evolução do volume de cargas transportadas por cada uma das ferrovias concedidas, os quais deverão abranger período anterior à celebração dos respectivos contratos de concessão e se estender até o momento presente;

e) seja assegurada ao Ministério Público de Contas a oportunidade de se manifestar nos autos após as manifestações dos órgãos e entidades interessadas e da unidade técnica especializada

Brasília, em 30 de junho de 2017.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador