



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DLA

**RELATORIA:** DLA**TERMO:** VOTO À DIRETORIA COLEGIADA**NÚMERO:** 121/2024**OBJETO:** Aplicação do art. 65 da Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021 - Prorrogação das obrigações não financeiras assumidas em decorrência da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, e da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, por concessionárias ferroviárias federais.**ORIGEM:** SUFER**PROCESSO (S):** 50500.285600/2023-70**PROPOSIÇÃO PRG:** Parecer nº 00050/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 22559227)**ENCAMINHAMENTO:** À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA**EMENTA**

**PRIMEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DO TRECHO 1 DA FIOLE. BAHIA FERROVIAS S.A. - BAFER. PRORROGAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES NÃO FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA DO ACRÉSCIMO À OUTORGA A FIM DE MANTER EQUILIBRADAS AS CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DO CONTRATO QUANDO CONSTATADO QUE O INVESTIMENTO NÃO FOI CONCLUÍDO NO PRAZO ORIGINALMENTE PREVISTO. EXIGÍVEL APÓS O INÍCIO DA OPERAÇÃO FERROVIÁRIA. ART. 65 DA LEI Nº 14.273/2021.**

**1. DO OBJETO**

1.1. Trata-se de proposta de celebração de Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão do Trecho 1 da Ferrovia de Integração Oeste-Leste - FIOLE, a fim de se formalizar a prorrogação das obrigações não financeiras assumidas pela Subconcessionária Bahia Ferrovias S.A. - BAFER, nos termos do art. 65 da Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021.

**2. DOS FATOS**

2.1. Inicialmente, faço menção ao Processo Administrativo SEI nº 50500.147346/2023-11, no âmbito do qual a Superintendência de Transporte Ferroviário - SUFER comunicou às concessionárias ferroviárias o entendimento da Procuradoria Federal junto à ANTT - PF-ANTT, acerca da aplicação do Acréscimo à Outorga, "*mormente no que se refere aos Investimentos com Prazo Determinado não concluídos nos prazos originalmente estabelecidos nos contratos de concessão ferroviária*".

**Processo Administrativo SEI nº 50500.147346/2023-11**

2.2. Por ocasião da promulgação da Lei nº 14.273, de 2021 - Lei das Ferrovias, foi previsto pelo legislador, em virtude do quadro de emergência em saúde pública vivenciado pelo Brasil e pelo Mundo, decorrente da Pandemia de COVID-19, o seguinte dispositivo:

**Art. 65.** Ficam prorrogadas por **12 (doze) meses**, em virtude da pandemia da Covid-19, **todas as obrigações não financeiras** assumidas em decorrência da Lei nº **13.448**, de 5 de junho de 2017, e da Lei nº **8.987**, de 13 de fevereiro de 1995, por concessionárias ferroviárias federais.

§ 1º É vedada a prorrogação de prazos ou a renegociação de valores referentes ao pagamento de outorgas.

§ 2º O regulador ferroviário federal deverá, no prazo de até 6 (seis) meses do início da vigência desta Lei, realizar os ajustes contratuais necessários ao cumprimento do disposto no caput deste artigo.

(Grifei)

2.3. Visando dar cumprimento à determinação legal, no dia 3 de junho de 2023, a Superintendência de Transporte Ferroviário exarou a Nota Técnica nº 3288/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 17085626), de 3 de junho de 2023, na qual expressa seu entendimento em relação à postergação dos investimentos pelo prazo de 1 (um) ano, conforme art. 65 supracitado, e o Acréscimo à Outorga disposto nos Contratos de Concessão. De acordo com a área técnica, o referido artigo acabou criando a possibilidade das concessionárias:

- postergarem a conclusão dos investimentos pelo prazo de 1 ano, sendo, contudo, devido o Acréscimo à Outorga, como forma de manter equilibradas as condições econômico-financeiras avençadas quando da celebração do contrato de concessão ou aditivo de prorrogação; ou
- realizar os investimentos dentro do prazo inicialmente acordado, não sendo devido, neste caso, o acréscimo ao valor de outorga, mantendo-se equilibrada a equação econômica do contrato.

2.4. Feitas as considerações técnicas, a SUFER enviou a Nota Técnica, supracitada, à Procuradoria Federal junto à ANTT questionando se o Acréscimo à Outorga deveria ser aplicado por ocasião da implementação do art. 65 da Lei das Ferrovias "*mormente no que se refere aos Investimentos com Prazo Determinado não concluídos no prazo originalmente estabelecido em contrato*", tendo em vista as disposições contratuais.

2.5. Por meio do Parecer nº 00166/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 17548596), aquele órgão de assessoramento jurídico concluiu sua manifestação, nos seguintes termos:

**CONCLUSÃO**

49. Diante do exposto, ao questionamento apresentado na Nota Técnica nº 3288/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT, esta PF-ANTT responde que o Acréscimo à Outorga deve ser aplicado por ocasião da implementação do art. 65 da Lei das Ferrovias, *mormente no que se refere aos Investimentos com Prazo Determinado não concluídos nos prazos originalmente estabelecidos nos contratos de concessão ferroviária*.

50. É o parecer, que ora submeto à consideração superior.

2.6. Ato contínuo, a SUFER encaminhou à BAFER o Ofício nº 20636/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 17581525), de 30 de junho de 2023, informando que "*caso as concessionárias optem por postergar a conclusão dos investimentos e demais obrigações não financeiras abarcadas pelo dispositivo do art. 65 da referida Lei, será devido o Acréscimo à Outorga, como forma de manter equilibradas as condições econômico-financeiras avençadas quando da celebração do contrato de concessão ou aditivo de prorrogação*".

**Processo Administrativo SEI nº 50500.285600/2023-70**

2.7. Após ciência do Ofício nº 20636/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 17581525), a Bahia Ferrovias S.A. - BAFER, protocolou a Carta nº 079/GEREG/23 (SEI 18376884), de 21 de agosto de 2023, por meio da qual a Subconcessionária apresentou elementos tidos como peculiares do seu contrato e

que, a seu ver, não foram explorados de forma específica.

2.8. Nesse contexto, a fim de garantir a segurança jurídica necessária a ambas as partes e evitar potenciais questionamentos - tanto no âmbito administrativo quando judicial, a SUFER exarou a Nota Técnica nº 6312/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 18909613), de 3 de outubro de 2023, a fim de equacionar todas as dúvidas existentes antes da proposição de um texto para o Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão da BAFER.

2.9. Ademais, encaminhou a Nota Técnica supracitada à PF-ANTT, com os seguintes questionamentos:

25. Dessa forma, considerando o quanto apresentado, e tendo em vista o disposto no art. 65 da Lei nº 14.273, de 2021, que implica a prorrogação do prazo para conclusão dos Investimentos com Prazo Determinado por 12 (doze) meses e, conseqüentemente, a postergação da expectativa de início da operação da Ferrovia, faz-se necessário obter alguns esclarecimentos por parte da PF/ANTT acerca da adequada interpretação do Contrato, para a modelagem do aditivo ao Contrato da BAFER e conclusão das tratativas com a companhia.

26. Inicialmente, relevante esclarecer se o Acréscimo à Outorga deve ser calculado:

a) na hipótese de os Investimentos com Prazo Determinado não serem concluídos no prazo originalmente estabelecido no Contrato, ou seja, em 05 (cinco) anos, contados da Data de Assunção; ou

b) apenas na hipótese de os Investimentos com Prazo Determinado não serem concluídos no novo prazo que será estabelecido, ou seja, em 06 (seis) anos, contados da Data de Assunção.

27. Caso a resposta ao parágrafo 26 seja o item a), deve-se esclarecer se o valor calculado a título de Acréscimo à Outorga:

a) será devido pela BAFER após o início da operação da Ferrovia, independentemente do momento em que esse início ocorrer, inclusive se esse for após o prazo de 05 (cinco) anos, mas antes do prazo de 06 (seis) anos, ambos contados da contados da Data de Assunção; ou

b) apenas será devido pela BAFER após o prazo de 06 (seis) anos, contados da Data de Assunção, ainda que a operação se inicie antes desse prazo.

28. A título de esclarecimento, o prazo de 06 (seis) anos indicado no item b) do parágrafo 32 se refere ao novo prazo esperado para o início da operação da Ferrovia, considerando a prorrogação de que trata o art. 65 da Lei nº 14.273, de 2021.

29. Caso a resposta ao parágrafo 26 seja o item b), não há dúvida interpretativa por parte desta unidade técnica.

2.10. Em resposta, a PF-ANTT encaminhou o Parecer nº 00282/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 19925989), no qual conclui nos seguintes termos:

### 3. CONCLUSÃO

34. A presente análise foi, assim, realizada à luz dos aspectos jurídicos da demanda, tendo em vista que não cabe a esta Procuradoria se imiscuir em questões eminentemente técnicas e de oportunidade e conveniência administrativas.

35. Dessa forma, em resposta à primeira questão formulada, temos o seguinte:

"Inicialmente, relevante esclarecer se o Acréscimo à Outorga deve ser calculado:

a) na hipótese de os Investimentos com Prazo Determinado não serem concluídos no prazo originalmente estabelecido no Contrato, ou seja, em 05 (cinco) anos, contados da Data de Assunção; ou

b) apenas na hipótese de os Investimentos com Prazo Determinado não serem concluídos no novo prazo que será estabelecido, ou seja, em 06 (seis) anos, contados da Data de Assunção."

36. Resposta: o acréscimo à outorga deve ser calculado quando devido o valor de outorga que, por sua vez, é exigível a partir do início da operação da ferrovia, conforme disciplina contratual.

37. No que se refere à segunda questão formulada, resta prejudicada.

2.11. Tendo em vista que a SUFER entendeu que o parecer jurídico não foi suficientemente elucidativo quanto às questões inicialmente formuladas, aquela superintendência exarou nova consulta à Procuradoria Federal junto à ANTT, por meio da Nota Técnica nº 8216/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 20369948), detalhando suas dúvidas e solicitando manifestação complementar da PF-ANTT, considerando o seguintes argumentos:

22. De forma a explicitar melhor o questionamento inicialmente proposto pela área técnica, o que se busca é saber se, independentemente do momento em que se iniciar a operação - se antes do ano 05 (cinco); se após o ano 05 (cinco), mas antes do ano 06 (seis); ou se após o ano 06 (seis):

a) deve ser calculado o Acréscimo à Outorga referente à eventual não conclusão dos Investimentos com Prazo Determinado, considerando o prazo originalmente estabelecido ("ano 05 (cinco)"), e exigido o valor correspondente nos termos previstos no Contrato, ou seja, após o início da operação da ferrovia; ou

b) não deve ser calculado o Acréscimo à Outorga referente à eventual não conclusão dos Investimentos com Prazo Determinado considerando o prazo originalmente estabelecido ("ano 05 (cinco)"), devendo ser considerado para o cálculo o novo prazo estabelecido ("ano 06 (seis)"), tendo em vista o disposto no art. 65 da Lei nº 14.273, de 2021, e exigido o valor correspondente nos termos previstos no Contrato, ou seja, após o início da operação da ferrovia.

2.12. Por meio da Nota Jurídica nº 00079/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 20931954), a PF-ANTT complementou o disposto no Parecer nº 00282/2023/PF-ANTT/PGF/AGU que, em resumo, explica:

15. O fato de o contrato firmado com a BAFER contar com disposição específica – que condiciona o início do pagamento do valor de outorga e de seu eventual acréscimo à efetiva operação da ferrovia – não a exime da lógica construída no PARECER n. 00166/2023/PF-ANTT/PGF/AGU, no sentido de que o acréscimo à outorga busca refletir no valor de outorga aquilo que deixou de ser investido pela concessionária num determinado período definido em contrato, pouco importando as razões pelas quais se deu o inadimplemento.

16. Repisa-se novamente que no acréscimo do valor de outorga a apuração/cálculo está desassociada da efetiva cobrança. A apuração deve ser feita assim que constatada o descumprimento em prazo distinto daquele originalmente previsto no contrato, enquanto que a sua cobrança ocorrerá com o início da operação ferroviária.

17. Com isso, conclui-se que o acréscimo ao valor de outorga deve ser calculado na hipótese de os investimentos com prazo determinado não serem concluídos no prazo originalmente estabelecido no contrato, ou seja, em 05 (cinco) anos, contados da data de assunção, embora só possam vir ser cobrados no momento em que exigível o valor de outorga.

18. Em relação ao segundo questionamento, o valor calculado a título de acréscimo à outorga (no tocante, por óbvio, a obrigações cujo descumprimento já tenha sido constatado) será devido pela BAFER no momento em que exigível o valor de outorga que, nos termos do contrato, se dará o início da operação da ferrovia, independentemente do momento em que esse início ocorrer.

2.13. Assim, por meio do Ofício nº 42639/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 21056651), de 27 de dezembro de 2024, a SUFER comunicou à Subconcessionária o entendimento da Procuradoria Federal junto à ANTT e informou que "*caso essa Subconcessionária opte por postergar a conclusão dos investimentos e demais obrigações não financeiras abarcadas pelo dispositivo do art. 65 da referida Lei, será devido o Acréscimo à Outorga, nos termos acima mencionados, como forma de manter equilibradas as condições econômico-financeiras avançadas quando da celebração do contrato de subconcessão*". Ademais, a SUFER encaminhou, para manifestação de anuência, no prazo de 30 (trinta) dias, a minuta de Termo Aditivo (SEI 21060220) ao Contrato de Subconcessão, para regular prosseguimento do processo administrativo.

2.14. Ocorre que, mais uma vez, a Bahia Ferrovias apresentou manifestação contrária ao entendimento da SUFER e da PF-ANTT, como se vê na Carta nº 008/GEREG/24 (SEI 21613099), de 26 de janeiro de 2024. De acordo com a BAFER, "*a exigência que está sendo imposta à Bahia Ferrovias não encontra amparo legal ou contratual e ignora as peculiaridades do modelo subconcessório*". Na sequência expôs os motivos que, sob sua ótica, demonstrariam "*a impropriedade de se incluir, no aditivo contratual, cláusula prevendo a incidência obrigatória do acréscimo à outorga em razão da prorrogação, por um ano, dos investimentos com prazo determinado*".

2.15. Em 8 de março de 2024, a Superintendência de Transporte Ferroviário exarou a Nota Técnica nº 1825/2024/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 22103512), com o objetivo de propor à Diretoria Colegiada a formalização, por meio da celebração de Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão do Trecho 1 da Ferrovia de Integração Oeste-Leste - FIOL, da prorrogação das obrigações não financeiras assumidas pela Subconcessionária Bahia Ferrovias S/A - BAFER. Entretanto, sugeriu que os autos fossem encaminhados, primeiramente, à PF-ANTT para manifestação, inclusive acerca da viabilidade jurídica de celebrar o

Termo Aditivo proposto, de forma unilateral, por parte do Poder Concedente, na hipótese de eventual negativa da BAFER em assinar o referido documento sob alegação de discordância com a previsão do Acréscimo à Outorga.

2.16. Registro que, na mesma Nota Técnica, a área técnica enfrentou os argumentos apresentados pela BAFER na Carta nº 008/GEREG/24 (SEI 21613099), como demonstrado adiante (item 3.19 e seguintes).

2.17. Por meio do Parecer nº 00050/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 22559227), a PF-ANTT apresentou suas considerações por meio de quatro premissas:

**1ª.** Da aplicação do art. 65 da lei n. 14.273/21 (Lei de Ferrovias): a implementação da prorrogação de cumprimento das obrigações não financeiras, prevista no art. 65 da Lei nº 14.273/2021, exige que seja firmado termo aditivo contratual.

**2ª.** Do reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da alteração contratual - art. 65, § 2º da Lei nº 14.273/2021: a prorrogação das obrigações não financeiras, nos termos do art. 65 da Lei de Ferrovias, enseja o necessário reequilíbrio contratual, **sendo devida, portanto, a incidência do acréscimo ao valor de outorga.**

**3ª.** O cálculo do acréscimo ao valor de outorga no contrato da BAFER: : há desvinculação entre o momento de cômputo do acréscimo ao valor de outorga e o da sua exigibilidade. O acréscimo ao valor de outorga deve ser calculado em razão de descumprimento do cronograma previsto no contrato original (independentemente de sua razão), embora só possa vir a ser cobrado após o início de operação da ferrovia.

**4ª.** Da alteração unilateral do contrato: a Administração, no exercício da tutela do serviço público concedido, pode alterar unilateralmente os contratos quando houver recusa injustificada da entidade regulada, mormente, quando isso se der para o fiel cumprimento de norma legal.

2.18. Por fim, a PF-ANTT conclui seu parecer nos seguintes termos:

### 3. DA CONCLUSÃO

45. Desta feita, esta Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres - PF/ANTT se manifesta pela **possibilidade de alteração contratual unilateralmente, caso a subconcessionária se negue a consentir, por meio de celebração de Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão do Trecho 1 da Ferrovia de Integração Oeste-Leste - FIOLE, a fim de dar cumprimento integral ao disposto no art. 65 da Lei n. 14.273/21.**

2.19. Após manifestação jurídica, a SUFER acostou aos autos o Despacho SEI nº 23043495 sugerindo que, apesar de não haver obstáculos para que o aditivo seja firmado unilateralmente, seja proporcionado à BAFER a oportunidade de assiná-lo, priorizando a celebração de forma consensual. Nesse caso, a Deliberação de aprovação do Termo Aditivo asseguraria o prazo de 5 (cinco) dias para que a Subconcessionária o firme. Caso a BAFER insista na discordância aos termos propostos, e seja necessário formalizar o contrato unilateralmente, a SUFER elaborou nova minuta de aditivo (SEI 23043672). Por fim, a SUFER informou que a proposta de Termo Aditivo em apreço deverá ser objeto de anuência da Infra S.A, considerando sua posição de Interviente Subconcedente no Contrato de Subconcessão da BAFER.

2.20. Em atendimento ao art. 39, § 2º, inciso I, do Regimento Interno da ANTT e em consonância com o art. 4º da Instrução Normativa nº 12/2022, a SUFER emitiu o Relatório à Diretoria nº 237/2024 (SEI 23043251), de 3 de maio de 2024. Ademais, foram acostados aos autos minuta de Deliberação (SEI 23043644) e duas minutas de Termos Aditivo, sendo uma consensual (SEI 21060220) e outra unilateral (SEI 23043672).

2.21. Na mesma data, por meio do Despacho (SEI 23044142), a SUFER remeteu os autos ao Gabinete do Diretor-Geral, declarando que o processo reúne as condições previstas no §1º do art. 39 do Regimento Interno e, por isso, os autos foram remetidos à Secretaria Geral, conforme consta no Despacho (SEI 23280873), para inclusão do processo na pauta de sorteio, o qual foi realizado no dia 6 de maio de 2024 (SEI 23309781), ocasião em que fui sorteado como diretor-relator.

2.22. Após distribuição dos autos à minha relatoria, a Bahia Ferrovias S.A. protocolou, em 28 de maio de 2024, a Carta nº 056/GEREG/24 (SEI 23738447), acompanhada de petição com Memoriais (SEI 23738449) "*referentes ao requerimento formulado por aquela Subconcessionária, para a formalização da prorrogação do prazo para o cumprimento das obrigações não financeiras, concedida pelo art. 65, da Lei nº 14.273/2021, em trâmite nos autos do processo administrativo SEI nº 50500.285600/2023-70*". Em relação ao teor do Anexo Memoriais (SEI 23738449), dois pontos foram levantados, além daqueles já analisados tanto pela SUFER quanto pela PF-ANTT. No primeiro, a Subconcessionária alega um possível vício no processo administrativo uma vez que, em seu entendimento, houve ausência de contraditório para que a Bahia Ferrovias S.A. se manifestasse sobre a proposta de celebração de aditivo contratual unilateral. Quanto ao segundo ponto, a Subconcessionária traz à baila, dois dispositivos legais que, no entendimento da BAFER, caso a ANTT siga com a proposta de aditivo unilateral, estaria agindo em desacordo com as normas legais e violando ordenamento jurídico:

I.4. Impossibilidade jurídica de assinatura unilateral de Termo Aditivo

> Há duas categorias de cláusulas contratuais nos contratos de concessão: as "regulamentares" (também chamadas "de serviço") e as "econômicas". Cláusulas regulamentares podem ser alteradas unilateralmente, desde que respeitados os efeitos decorrentes (art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995). Cláusulas econômicas, porém, são intangíveis à mutação unilateral.

> A previsão de aplicação automática do acréscimo à outorga enquadra-se na categoria de cláusulas econômicas. Por essa razão, a sua imposição unilateral pela ANTT não se mostra juridicamente possível, e viola o art. 104, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual "as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado".

> Disso se extrai que a cláusula do eventual aditivo unilateral, que preveja a incidência automática do acréscimo à outorga, não terá validade jurídica pelo fato da sua inclusão, no arcabouço contratual, ocorrer por meio inadmitido pelo ordenamento jurídico

2.23. Diante dos novos elementos, encaminhei consulta à PF-ANTT, conforme Despacho SEI nº 23825409, com os seguintes questionamentos:

29. Diante do exposto, nos termos do art. 42, § 1º, do Regimento Interno, encaminho os autos à PF-ANTT, para que se manifeste sobre as seguintes questões:

29.1. A instrução processual apresenta vício de ausência de abertura de contraditório, para que a Subconcessionária se manifestasse sobre a proposta de celebração de aditivo contratual unilateral, antes do processo ser submetido à Diretoria Colegiada?

29.2. Caso a resposta ao parágrafo 29.1 seja positiva, qual a recomendação jurídica para prosseguimento da matéria? A Carta nº 056/GEREG/24 (SEI 23738447), pode ser admitida para fins de efetivação da garantia constitucional ao contraditório e ampla defesa da BAFER?

29.3. A aplicação do acréscimo à outorga, caso os Investimentos com Prazo Determinado não sejam concluídos nos prazos originalmente estabelecidos no Caderno de Obrigações, prevista na minuta do Termo Aditivo em tela, se enquadra na categoria de cláusulas econômico-financeiras, a que se refere o art. 104, § 1º, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021?

29.4. No caso da questão descrita no item 29.3 ser positiva, qual a orientação jurídica para prosseguimento da matéria?

2.24. Em resposta, aquele órgão de assessoramento jurídico exarou o Parecer nº 00101/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 24229041), pelo qual conclui:

### 3. CONCLUSÃO

15. Assentadas essas questões, passamos a responder aos quesitos formulados:

16. 29.1 A instrução processual apresenta vício de ausência de abertura de contraditório, para que a Subconcessionária se manifestasse sobre a proposta de celebração de aditivo contratual unilateral, antes do processo ser submetido à Diretoria Colegiada?

17. Não. A matéria foi suficientemente debatida, e foi conferida à Concessionária, por mais de uma vez, oportunidade de apresentar seus argumentos que, por sua vez, foram devidamente analisados e afastados, fundamentadamente.

18. 29.2 Caso a resposta ao parágrafo 29.1 seja positiva, qual a recomendação jurídica para prosseguimento da matéria? A Carta nº 056/GEREG/24 (SEI 23738447), pode ser admitida para fins de efetivação da garantia constitucional ao contraditório e ampla defesa da BAFER?

19. Prejudicada.

20. 29.3 A aplicação do acréscimo à outorga, caso os Investimentos com Prazo Determinado não sejam concluídos nos prazos originalmente estabelecidos no Caderno de Obrigações, prevista na minuta do Termo Aditivo em tela, se enquadra na categoria de cláusulas econômico-financeiras, a que se refere o art. 104, § 1º, da Lei nº

14.133, de 1º de abril de 2021?

21. Não. A conclusão sobre a inevitabilidade do acréscimo à outorga na hipótese de não conclusão dos investimentos no prazo originalmente fixado decorre da interpretação das cláusulas contratuais pactuadas. Não se está, nesse momento, promovendo alteração de cláusula contratual, mas sim dando aplicabilidade à exata disposição contratual.

22. 29.4 No caso da questão descrita no item 29.3 ser positiva, qual a orientação jurídica para prosseguimento da matéria?

23. Prejudicada.

2.25. Registro, ainda, que constam dos autos a Carta nº 067GEREG/24 (SEI 24516690), que encaminha, para conhecimento desta relatoria, a Carta nº 062/GEREG/24 (SEI 24516691), que trata de "Acompanhamento da implantação dos Investimentos com Prazo Determinado previstos no Caderno de Obrigações - Anexo 1 do Contrato de Subconcessão". Ao longo do expediente, a BAFER apresenta elementos que, em seu entendimento, justificariam a necessidade de ajustar o cronograma "de modo a refletir as dificuldades enfrentadas pela Subconcessionária e compatibilizá-lo com as possibilidades atuais de prosseguimento da atividade construtiva". Entretanto, entendo que essa discussão deverá acontecer em processo específico e, portanto, não será objeto de análise na presente relatoria.

2.26. No dia 5 de novembro de 2024, o presente processo foi incluído na pauta da 208ª Reunião Deliberativa Eletrônica - RDE, a ser realizada no período de 11 a 14 de novembro de 2024, mediante lançamento no SEI JULGAR. Por meio do Despacho DLA (SEI 27213035), a Secretaria Geral - SEGER foi comunicada da inclusão.

2.27. Ocorre que, em 11 de novembro de 2024, com fulcro no no § 4º do art. 52 da Resolução nº 5.976, de 7 de abril de 2022, que aprovou o Regimento Interno da ANTT, a Concessionária Bahia Ferrovias S.A. enviou, tempestivamente, solicitação de inscrição para sustentação oral, conforme e-mail acostados aos autos (SEI 27373974).

2.28. Nesse sentido, conforme determina o disposto no § 2º do art. 79 do Regimento Interno da ANTT, "o processo seguirá o trâmite previsto para as sessões presenciais".

2.29. Por meio do Ofício Circular nº 5017/2024/UFT - REDIR-SEGER/SEGER/GAB-DG/DG-ANTT (SEI 27373981), a SEGER comunicou à Diretoria Colegiada que "o processo será pautado na Reunião de Diretoria Pública nº 996, que está prevista para acontecer no dia 28 de novembro de 2024".

2.30. São os fatos. Passo, a seguir, à análise processual.

### 3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. Em 23 de dezembro de 2021 foi publicada a Lei nº 14.273/2021, com vigência a partir de 6 de fevereiro de 2022. A denominada Lei das Ferrovias, teve parte de sua elaboração no período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), declarada pelo Ministério da Saúde por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, e encerrada em 22 de maio de 2022, por meio da Portaria GM/MS 913, de 22 de abril de 2022.

3.2. Como consequência do contexto no qual estava inserida, a referida Lei foi publicada com um dispositivo que possibilitou a prorrogação de prazo para que obrigações previamente assumidas por concessionárias e subconcessionárias de ferrovia pudessem ser cumpridas sem que isso configurasse descumprimento contratual. Neste sentido, o §2º do art. 65 determinou que o regulador procedesse com a devida formalização do comando legal.

Art. 65. Ficam prorrogadas por 12 (doze) meses, em virtude da pandemia da Covid-19, todas as obrigações não financeiras assumidas em decorrência da [Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017](#), e da [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), por concessionárias ferroviárias federais.

§ 1º É vedada a prorrogação de prazos ou a renegociação de valores referentes ao pagamento de outorgas.

§ 2º O regulador ferroviário federal deverá, no prazo de até 6 (seis) meses do início da vigência desta Lei, realizar os ajustes contratuais necessários ao cumprimento do disposto no caput deste artigo.

(grifei)

3.3. Diante disso, a ANTT deu início às tratativas com as concessionárias e subconcessionárias de ferrovias, especificando os grupos de atividades passíveis de prorrogação, bem como explicitando a pertinência da aplicação do Acréscimo à Outorga aos Investimentos com Prazo Determinado não concluídos nos prazos originalmente avençados, como se observa no âmbito do processo nº 50500.147346/2023-11, resumido nos itens 2.2 a 2.6.

#### Dos Contratos alcançados pelo disposto no Art. 65 da Lei nº 14.273, de 2021.

3.4. Os primeiros contratos de delegação da exploração de ferrovias federais para entes privados têm como objeto a concessão da malha ferroviária com vistas à exploração e o desenvolvimento do serviço público de transporte na ferrovia. Tratam-se de contratos mais simples e que não preveem a realização de investimentos específicos na malha concedida. Registram tão somente que as concessionárias devem realizar os investimentos necessários ao atingimento das metas de produção e das metas de redução de acidentes (hoje chamadas de metas de segurança) definidas no instrumento contratual. Tais metas, num segundo momento, passaram a ser estabelecidas pelo Poder Concedente, por meio de processos de pactuação.

3.5. Esses contratos de concessão acabaram por apresentar obrigações genéricas, que não vinculam projetos específicos. Dessa forma, embora as disposições do art. 65 da Lei nº 14.273/2021, sejam aplicáveis a esses contratos (haja vista que os contratos foram firmados em observância das disposições da Lei nº 8.987, de 1995), na prática, o benefício criado por meio do art. 65 da Lei das Ferrovias não vai importar qualquer modificação prática na gestão e na execução desses acordos. Assim, como regra geral, para essas situações, a celebração de aditivos para atendimento ao art. 65 da Lei nº 14.273/2021 não se mostra necessária.

3.6. Por sua vez, os contratos novos, firmados a partir de 2019 - modelo que foi utilizado tanto para os novos contratos de subconcessão quanto para os contratos que foram objeto de prorrogação antecipada, com fundamento na Lei nº 13.448, de 2017 - contemplam a realização de investimentos com prazo determinado pelas concessionárias ao longo da sua execução.

3.7. Assim, tem-se que os contratos que são afetados diretamente pelas disposições do art. 65 são aqueles que foram objeto de prorrogação antecipada, bem como os contratos de subconcessão ferroviárias firmados recentemente.

3.8. Nesse sentido, concluo que as disposições do art. 65 da Lei nº 14.273/2021, aplicam-se ao contrato celebrado com a BAFER, que deverá ser submetido a alteração por meio da celebração de termo aditivo, nos termos da Lei.

#### Da abordagem contratual a ser adotada para prorrogar as obrigações existentes

3.9. Conforme se extrai da Nota Técnica nº 1825/2024/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 22103512), inicialmente a SUFER elaborou consulta à PF-ANTT, no âmbito do Processo Administrativo SEI nº 50500.011910/2022-79 (Nota Técnica nº 1389/2022/CONOR/GEREF/SUFER/DIR / SEI 10274035), contendo questionamentos acerca da necessidade de prévia regulamentação da matéria - antes da formalização por meio da celebração de termos aditivos aos contratos - e também sobre a possibilidade dos ajustes contratuais serem feitos por meio da inclusão de cláusulas genéricas em cada contrato.

3.10. A Procuradoria Federal junto à ANTT, apresentou suas manifestações por meio do Parecer nº 00064/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 10903029), assentando que não seria necessária a regulamentação prévia da matéria para a realização dos ajustes contratuais, e que tais ajustes deveriam ser realizados de forma individualizados e contemplando as especificidades de cada concessão/subconcessão, de modo a adequar os prazos de cumprimento das obrigações.

3.11. A despeito da PF-ANTT ter orientado que fosse realizado o ajuste contratual de forma individualizada, a área técnica entendeu de forma diversa, uma vez que dada a complexidade de descrever exaustivamente cada atividade que foi contemplada no benefício da prorrogação, poderia resultar em um processo ineficiente, senão vejamos:

Nota Técnica nº 1825/2024/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 22103512)

3.2.4. O entendimento da Procuradoria foi registrado por meio do Parecer nº 00064/2022/PF-ANTT/PGF (SEI nº 10903029) e do Despacho de Aprovação nº 00719/2022/PF-ANTT/PGF (SEI nº 10903029). Com relação ao primeiro questionamento, foi informado que não seria necessária a emissão de quaisquer outros atos regulamentadores, bastando, para o efetivo cumprimento da determinação legal, que a ANTT promovesse os ajustes nos contratos por meio da celebração de termos aditivos. Com relação ao segundo questionamento, a orientação da PF-ANTT foi no sentido de que os termos aditivos deveriam ajustar as cláusulas contratuais (de forma individualizada e contemplando as especificidades de cada concessão), de modo a adequar os prazos de cumprimento das obrigações.

3.2.5. Ocorre que os contratos contemplam uma gama de obrigações, sendo complexa a atividade de descrever exaustivamente cada atividade que foi contemplada no benefício da prorrogação. Em que pese a sistematização na avaliação do cumprimento das obrigações pelas concessionárias, a indicação de cada obrigação de forma isolada nos termos aditivos pode resultar em um processo ineficiente.

3.2.6. Nesse particular, o fato de a PF-ANTT ter indicado a necessidade de tratamento de forma individualizada e contemplando as especificidades de cada concessão, não significa dispor sobre cada uma das intervenções, mas sobre o que deve ser prorrogado. Assim, o atendimento ao quanto indicado pela PF-ANTT no Parecer nº 00064/2022/PF-ANTT/PGF, no caso das concessões da BAFER, deve ocorrer por meio da consolidação dos seguintes grupos de obrigações, quais sejam:

- a) a implantação dos Investimentos com Prazo Determinado;
- b) registro da Subconcessionária como companhia de capital aberto junto à Comissão de Valores Imobiliários.

3.2.7. Entende-se que a elaboração de termo aditivo específico para a subconcessão, que indica de forma expressa a prorrogação de tais atividades/obrigações pelo prazo de 12 (doze) meses, confere previsibilidade e segurança jurídica ao processo, assim como atende tanto à determinação constante do § 2º do Art. 65 da Lei nº 14.273/2021, quanto à orientação exarada pela Procuradoria. Semelhante abordagem foi utilizada no âmbito das propostas de Termos Aditivos para os contratos da Estrada de Ferro Vitória à Minas (processo nº 50500.014225/2024-66), Estrada de Ferro Carajás (processo nº 50500.014219/2024-17) e do Tramo Central da Ferrovia Norte Sul (processo nº 50500.295670/2023-36), sendo que a proposta deste último já foi aprovada pela Diretoria Colegiada da ANTT, mediante a Deliberação nº 49, de 22 de fevereiro de 2024.

3.12. Vale ressaltar que, no caso da BAFER, além das obrigações financeiras, que não foram incluídas no texto do art. 65, as atividades de caráter continuado, como a prestação de informações ao Regulador Federal (nos termos do art. 49 da Lei nº 14.273/2021, e demais normas aplicáveis), também não são alcançadas pelo dispositivo.

### Do Acréscimo à Outorga

3.13. Em relação ao Acréscimo à Outorga, destaco abaixo a previsão contida no Contrato de Subconcessão da BAFER:

#### 1.1 Definições

1.1.1 Para os fins do presente **Contrato**, as seguintes definições aplicam-se às respectivas expressões, sem prejuízo de outras aqui estabelecidas:

(i) **Acréscimo à Outorga**: valor que será incrementado ao **Valor de Outorga**, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do **Contrato de Subconcessão**, em função do atraso, alteração dos prazos, ou supressão dos **Investimentos com Prazo Determinado**, e da não utilização dos Recursos para Desenvolvimento Tecnológico e dos Recursos para a Preservação da Memória Ferroviária, apurado nos termos do **Anexo 6**.

(...)

(vii) **Caderno de Obrigações**: conjunto de obrigações constantes no **Anexo 1** deste **Contrato**, que tem por escopo definir o Relatório de Acompanhamento Anual (RAA), o **Plano de Investimentos**, as **Especificações Técnicas Mínimas** e as **Obrigações Complementares**, os quais são de cumprimento obrigatório pela **Subconcessionária**, com vistas a assegurar a adequada exploração da infraestrutura e prestação do serviço de transporte ferroviário, a preservação dos **Bens da Subconcessão**, bem como a redução e mitigação de impactos socioambientais.

(...)

(xxviii) **Investimentos com Prazo Determinado**: intervenções que deverão ser concluídas pela **Subconcessionária** nos prazos e condições estabelecidas no **Caderno de Obrigações**.

(...)

(lxiii) **Valor de Outorga**: contrapartida pecuniária a ser paga trimestralmente pela **Subconcessionária** à **ANTT** pelo prazo da **Subconcessão**, correspondente a percentual da receita bruta da **Subconcessão**, devida pelo direito de exploração do serviço público de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura da malha ferroviária da EF-334, no trecho compreendido entre Ilhéus/BA e Caetitê/BA, nos termos do **Contrato**.

(...)

#### 12. Direitos e Deveres

(...)

#### 12.3 Direitos e Deveres da Subconcessionária

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

(...)

(iv) concluir os **Investimentos com Prazo Determinado** no prazo de até 5 (cinco) anos, contados a partir da **Data de Assunção**.

(...)

#### 19. Valor de Outorga e Remuneração

##### 19.1 Valor da Outorga

19.1.1 A **Subconcessionária** deverá pagar, a título de **Valor de Outorga**, parcelas trimestrais ao longo da **Subconcessão**, recolhidas à **ANTT** até o 5º (quinto) dia do mês subsequentes ao fechamento do período trimestral, tendo início a partir do mês subsequente da entrada em operação da **Ferrovia**.

(...)

19.1.3 Ao Valor de Outorga será eventualmente devido o valor correspondente ao Acréscimo à Outorga, a partir do início da operação da Ferrovia, calculado nos termos do Anexo 6.

(...)

#### 26 Alocação de Riscos

26.1 Com exceção dos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente na subcláusula 26.2, a **Subconcessionária** é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à **Subconcessão**, inclusive, mas não se limitando, aos seguintes:

(...)

(viii) ressalvado o disposto na subcláusula 26.2, custos excedentes, bem como atraso ou descumprimento do Caderno de Obrigações, ou de outros prazos estabelecidos entre as Partes ao longo da vigência do Contrato, tais como, mas não somente:

(grifei)

3.14. Além disso, com base na subcláusula 19.1.3, ao Valor de Outorga, será eventualmente devido o Acréscimo à Outorga, a partir do início da operação da Ferrovia, o qual será calculado consoante o disposto no Anexo 6:

#### Anexo 6 - ACRÉSCIMO À OUTORGA

1. O **Acréscimo à Outorga** será calculado anualmente pela **ANTT**, a partir das informações do Relatório de Acompanhamento Anual (RAA), com base nos prazos máximos fixados no **Caderno de Obrigações**.

2. O Acréscimo à Outorga somente será devido em relação aos Investimentos com Prazo Determinado a partir do início da operação da Subconcessão.

(grifou-se)

3.15. Como se observa dos dispositivos apresentados, o Contrato de Subconcessão previu tratamento diferenciado à BAFER em relação às demais concessionárias e subconcessionárias ferroviárias, no que tange ao pagamento de Valor de Outorga e ao Acréscimo à Outorga.

3.16. No Anexo 6 do Contrato de Subconcessão, o item 1 prevê que o cálculo do Acréscimo à Outorga tomará como referência os prazos máximos fixados no Caderno de Obrigações. Por seu turno, o item 2 considera que o Acréscimo à Outorga somente será devido após o início da operação da

subconcessão.

3.17. Ou seja, com base nos dispositivos contratuais, os valores a título de Acréscimo à Outorga devem ser calculados anualmente, tendo por referência, para o início de sua incidência, a extrapolação dos prazos máximos fixados no Caderno de Obrigações, nos termos do Anexo 6. Não obstante, os valores calculados, anualmente, só serão devidos pela Subconcessionária (ou exigíveis da Subconcessionária, por parte do Poder Concedente) após o início da operação da Ferrovia.

3.18. Pois bem, conforme relatado nos itens 2.6 a 2.17, após tomar ciência do Ofício nº 20636/2023/CONOR/GEREF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 17581525), por meio do qual a SUFER informa que "*caso as concessionárias optem por postergar a conclusão dos investimentos e demais obrigações não financeiras abrangidas pelo dispositivo do art. 65 da referida Lei, será devido o Acréscimo à Outorga, como forma de manter equilibradas as condições econômico-financeiras avençadas quando da celebração do contrato de concessão ou aditivo de prorrogação*", a BAFER apresentou seus pontos de discordância tendo em vista as peculiaridades de seu Contrato.

3.19. Os argumentos apresentados pela BAFER ao longo das tratativas, consideram, em resumo, os seguintes entendimentos:

- para análise de viabilidade da aplicação de Acréscimo à Outorga, deve ser avaliado, necessariamente, o impacto econômico-financeiro suportado pela Subconcessionária caso haja postergação do início da operação ferroviária e a perda financeira de 1 (um) ano da exploração do ativo ferroviário. Portanto, eventual aplicação de Acréscimo à Outorga deve ser analisada posteriormente, em processo de Revisão Ordinária.
- no seu Contrato de Subconcessão, ao contrário do que ocorre com as demais concessionárias, a entrada em operação e, por conseguinte, o início do pagamento da outorga, estão intrinsecamente vinculados à conclusão desses investimentos. Destaca, também, que a correlação entre o início da exploração econômica do ativo ferroviário, o pagamento da outorga e a eventual incidência de Acréscimo à Outorga, está condicionada à conclusão dos investimentos.
- a prorrogação dos prazos, em consonância com o Art. 65 da Lei nº 14.273/2021, não proporcionará qualquer ganho econômico à BAFER, pois adiará o início da receita tarifária, acarretará a perda de 1 (um) ano na exploração do ativo ferroviário e não possibilitará a manutenção de recursos em caixa por mais tempo, dado o cronograma de captação de recursos para financiamento dos investimentos. Ou seja, a previsão do Acréscimo à Outorga no Termo Aditivo proposto não se justifica, uma vez que o aporte desses recursos só se torna exigível com o início efetivo da operação ferroviária. Assim, sugere a exclusão da previsão de incidência de Acréscimo à Outorga na proposta de Termo Aditivo.

3.20. A despeito das alegações da BAFER, reproduzo abaixo o disposto pela área técnica à respeito da lógica pretendida pela prorrogação prevista no Art. 65 da Lei nº 14.273/2021.

3.4.14. O Art. 65 da Lei das Ferrovias é uma previsão que prorroga o cumprimento de obrigações não financeiras, assumidas por parte da Subconcessionária. Dessa forma, o dispositivo em apreço deve ser compreendido como um benefício que objetiva mitigar os efeitos suportados pelas outorgadas em razão da Pandemia do COVID-19.

3.4.15. Assim, a lógica pretendida pelo referido normativo é afastar a possibilidade de que a outorgada sofra responsabilização, e consequente penalização, em caso de atraso contratual quanto ao descumprimento dos prazos inerentes à conclusão das obrigações não financeiras, conforme o intervalo compreendido na Lei.

3.4.16. Vale ressaltar que a Subconcessionária poderá, no curso da execução contratual, não se valer dos efeitos da prorrogação de que trata o Art. 65 da Lei nº 14.273/2021, de modo que restarão mantidos os termos e prazos inicialmente contratados.

3.21. Além disso, a incidência de Acréscimo à Outorga, nos casos de prorrogação previstos na proposta de aditivo da SUFER, se justifica pelo fato de que o não cumprimento dos prazos previamente estabelecidos ensejaria no atraso dos investimentos pactuados, ocasionando o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

3.22. No que tange ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, importante mencionar que o tema consiste em um princípio que impõe a obrigatoriedade em manter as condições efetivas do contrato, conforme dispõe a Constituição Federal no Art. 37, inciso XXI. Tal princípio visa garantir que as condições efetivas da proposta inicial sejam mantidas, ainda que diante de mudanças imprevisíveis ou eventos extraordinários que afetem o equilíbrio financeiro do contrato.

3.23. Ainda sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, destaco o disposto na Nota Técnica nº 1825/2024/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 22103512):

3.4.28. Sobre o tema, Ribeiro<sup>[1]</sup> expõe que a Lei de Concessões e das Parcerias Público Privadas inovaram o princípio em comento, ao inserir novos quadrantes ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões, visto que a distribuição de riscos configura-se como uma antecipação e atribuição a cada uma das partes em assumir as consequências de eventos futuros.

3.4.29. Desta feita, o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser entendido como um mecanismo de segurança jurídica que garante a relação igualitária ao longo da vigência contratual.

3.4.30. Neste diapasão, no que diz respeito à cláusula que prevê possibilidade de Acréscimo à Outorga, é pertinente salientar a importância, e mesmo a necessidade, do referido dispositivo na proposta de Termo Aditivo em comento, uma vez que garante clareza e segurança na relação contratual. Isso porque, a previsão de Acréscimo à Outorga delinea como será restaurado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato no caso de não observância dos prazos inicialmente estabelecidos, sendo cláusula primordial ao debate proposto.

3.24. Portanto, entendo que abordar o Acréscimo à Outorga na formalização do Termo Aditivo sugerido visa proporcionar clareza, segurança e previsibilidade à relação contratual. Incluir essa cláusula no aditivo contratual permite delinear explicitamente como será restabelecido o equilíbrio do contrato em decorrência da não observância dos prazos originais quando da execução dos investimentos. Essa previsão não apenas oferece transparência sobre os impactos financeiros da prorrogação, mas também atua como um mecanismo preventivo contra o desequilíbrio econômico-financeiro.

3.25. Além disso, adiar a discussão sobre o Acréscimo à Outorga para oportunidades futuras, como sugerido pela BAFER, deixaria em aberto a forma como seriam compensados os investimentos que não foram realizados no prazo, afinal, em caso de não observância do prazo firmado para conclusão dos investimentos e aplicação da prorrogação prevista no art. 65 da Lei nº 14.273/2021, a Subconcessionária deixará de realizar investimentos, o que afetará a equação financeira pactuada inicialmente, sendo necessário o Acréscimo à Outorga.

3.26. Importa frisar que o Acréscimo à Outorga não acarretará prejuízos à Subconcessionária, tampouco trata-se de penalidade.

3.27. Assim, alinho-me ao entendimento da SUFER de que não merecem prosperar as alegações da BAFER, de que a prorrogação dos prazos, em consonância com o art. 65 da Lei nº 14.273/2021, adiarão o início da receita tarifária, acarretarão a perda de 1 (um) ano na exploração do ativo ferroviário e não possibilitarão a manutenção de recursos em caixa por mais tempo, dado o cronograma de captação de recursos para financiamento dos investimentos.

3.28. Quanto a eventual atraso no recebimento de receitas em relação ao prazo previsto na modelagem econômico-financeira do certame, a área técnica dispôs nos seguintes termos:

**Nota Técnica nº 1825/2024/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 22103512)**

3.4.35. Quanto a eventual atraso no recebimento de receitas em relação ao prazo previsto na modelagem econômico-financeira do certame (que, diga-se de passagem, foi meramente indicativo), este se dará na hipótese de não conclusão dos Investimentos com Prazo Determinado nos prazos contratuais. Ocorre que, ao não realizar os Investimentos com Prazo Determinado nos prazos originalmente previstos, restará desequilibrada a equação econômica original, haja vista que essa obrigação foi assumida quando da celebração do Contrato, e que o risco relacionado a eventual atraso em sua conclusão foi alocado à Subconcessionária, nos termos da subcláusula 26.1 (viii) do Contrato de Subconcessão.

3.4.36. Independentemente da causa ou responsabilidade, é certo que se os Investimentos com Prazo Determinado não forem concluídos nos prazos previstos, também não serão realizados, pela Subconcessionária, os dispêndios necessários à sua conclusão, restando necessária a adequação do equilíbrio contratual. No caso em apreço, o mecanismo para restabelecimento do equilíbrio é o Acréscimo à Outorga.

3.4.37. Importante ainda mencionar que há Investimentos com Prazo Determinado que, embora importantes, não são necessários para o início da operação da Ferrovia e, por conseguinte, para o recebimento das tarifas de transporte ferroviário pela BAFER. É o caso de algumas das obras complementares, por exemplo (passagens veiculares, passagens em nível, OAEs etc.).

3.4.38. Ademais, a despeito do Art. 65 da Lei de Ferrovias, a Subconcessionária tem à sua disposição, inclusive, a possibilidade de concluir os Investimentos com Prazo Determinado antes do prazo originalmente previsto, ocasião em que poderá iniciar a operação da Ferrovia e iniciar o recebimento das tarifas de transporte ferroviário.

3.4.39. No que se refere ao prazo de exploração da Ferrovia, também independentemente do Art. 65 da Lei nº 14.273/2021, estão alocados à Subconcessionária os riscos e benefícios associados ao momento em que se iniciará a operação da Ferrovia. Assim, não há que se falar na perda de 1 (um) ano de exploração do ativo.

3.4.40. Por último, é certo que o Art. 65 da Lei nº 14.273/2021, teve como finalidade prorrogar, por 12 (doze) meses, o prazo para cumprimento das obrigações não financeiras assumidas pelas concessionárias e subconcessionárias, permitindo que essas fizessem a gestão de seu caixa, inclusive por meio da eventual postergação de investimentos, afastando a possibilidade de que a outorgada sofra responsabilização, e a consequente penalização. Contudo, tal prorrogação de prazo deve se dar em harmonia com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, que, no caso concreto, demanda a aplicação do Acréscimo à Outorga.

3.29. Portanto, resta claro que, no caso de aplicação da prorrogação prevista pelo art. 65, deve incidir o Acréscimo à Outorga a fim de garantir o equilíbrio à equação econômica original.

3.30. Quanto ao momento de apuração e cobrança do Acréscimo à Outorga, é válido destacar o entendimento da Procuradoria Federal junto à ANTT sobre o caso em comento:

**NOTA JURÍDICA nº 00079/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI nº 20931954)**

15. O fato de o contrato firmado com a BAFER contar com disposição específica - que condiciona o início do pagamento do valor de outorga e de seu eventual acréscimo à efetiva operação da ferrovia - não a exime da lógica construída no PARECER n. 00166/2023/PF-ANTT/PGF/AGU, no sentido de que o acréscimo à outorga busca refletir no valor de outorga aquilo que deixou de ser investido pela concessionária num determinado período definido em contrato, pouco importando as razões pelas quais se deu o inadimplemento.

16. Repisa-se novamente que no acréscimo do valor de outorga a apuração/cálculo está desassociada da efetiva cobrança. A apuração deve ser feita assim que constatada o descumprimento em prazo distinto daquele originalmente previsto no contrato, enquanto que a sua cobrança ocorrerá com o início da operação ferroviária.

17. Com isso, conclui-se que o acréscimo ao valor de outorga deve ser calculado na hipótese de os investimentos com prazo determinado não serem concluídos no prazo originalmente estabelecido no contrato, ou seja, em 05 (cinco) anos, contados da data de assunção, embora só possam vir ser cobrados no momento em que exigível o valor de outorga.

3.31. Como se vê, de acordo com o órgão consultivo, a apuração ou cálculo do Acréscimo à Outorga não está associado à sua efetiva cobrança, já que **a apuração deve ocorrer na constatação do descumprimento, enquanto a cobrança somente poderá ocorrer com o início da operação ferroviária.**

3.32. Deste modo, reforço, na hipótese de prorrogação dos prazos das obrigações não financeiras, os valores eventualmente apurados, a título de Acréscimo à Outorga, só restarão exigíveis a partir do início da operação da ferrovia pela Subconcessionária.

3.33. Em relação aos expedientes protocolados pela Bahia Ferrovias, mencionados nos itens 2.23 e 2.24, alinho meu entendimento ao da Procuradoria Federal junto à ANTT:

i. primeiro, no sentido de que a matéria foi suficientemente debatida, tendo sido concedida à Subconcessionária, por mais de uma vez, oportunidade de apresentar seus argumentos que, por sua vez, foram devidamente analisados e afastados, fundamentadamente, não cabendo a alegação apresentada de que a *"instrução processual apresenta vício de ausência de abertura de contraditório"*. Aliás, como bem pontuado pela PF-ANTT, o contraditório e ampla defesa são institutos que visam a garantir a defesa do ente regulado, mas não pode se transmutar em abuso de direito, como parece estar atuando a BAFER, tendo em vista a insurgência reiterada quanto ao posicionamento da Agência.

ii. segundo, no sentido de que a ANTT não está modificando cláusula econômico-financeira sem concordância do contratado (art. 104, § 1º da Lei nº 14.133/21). A previsão de acréscimo ao valor de outorga quando alterado o cronograma de investimentos é oriundo do contrato originalmente pactuado. Ao contrário do que alega a BAFER, não aplicar o acréscimo à outorga para prorrogação de investimento é que representaria alterar cláusula econômico-financeira.

3.34. Por fim, conforme os autos do presente processo, resumidos na Seção 2, o Acréscimo à Outorga, no caso da BAFER, já foi amplamente discutido entre a SUFER, a PF-ANTT e a Subconcessionária, não restando dúvidas sobre a previsão contida na minuta do Termo Aditivo proposto:

**CLÁUSULA SEGUNDA**

**AS OBRIGAÇÕES NÃO FINANCEIRAS A SEREM PRORROGADAS**

...

§ 2º Caso os **Investimentos com Prazo Determinado** não sejam concluídos nos prazos originalmente estabelecidos no **Caderno de Obrigações**, deverá ser calculado o **Acréscimo à Outorga**, nos termos do **Anexo 6 do Contrato**.

§ 3º O **Acréscimo à Outorga** calculado nos termos do §2º desta Cláusula somente será devido a partir do início da operação da **Ferrovia**.

**4. DA PROPOSIÇÃO FINAL**

4.1. Ante o exposto, com vistas ao atendimento ao disposto no art. 65 da Lei nº 14.273/2021, **VOTO** por:

a) Aprovar as minutas do 1º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão do Trecho 1 da Ferrovia de Integração Oeste-Leste - FIOL, nos moldes das minutas acostadas aos autos, sendo uma delas no modelo consensual (SEI 27279078), e outra no modelo unilateral (SEI 27222479). Ambas prevendo que, caso os **Investimentos com Prazo Determinado** não sejam concluídos nos prazos originalmente estabelecidos no **Caderno de Obrigações**, deverá ser calculado o **Acréscimo à Outorga**, nos termos do **Anexo 6 do Contrato**.

b) Autorizar a assinatura 1º Termo Aditivo ao Contrato de Subconcessão da Bahia Ferrovias S/A - BAFER.

c) Determinar a notificação da BAFER para que, em 5 (cinco) dias, assinie o Termo Aditivo, nos moldes da Minuta SEI nº 27279078.

d) No caso de recusa da BAFER em assinar o Termo Aditivo, fica autorizada a sua celebração de forma unilateral, nos moldes da Minuta SEI nº 27222479.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

(assinado eletronicamente)

**Lucas Asfor Rocha Lima**

Diretor



Documento assinado eletronicamente por **LUCAS ASFOR ROCHA LIMA**, Diretor, em 28/11/2024, às 10:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 21, inciso II, da [Instrução Normativa nº 22/2023](#) da ANTT.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.antt.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **27222379** e o código CRC **E98D3BD4**.

---

Referência: Processo nº 50500.285600/2023-70

SEI nº 27222379

St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 - Telefone Sede: 61 3410-1000 Ouvidoria ANTT: 166

CEP 70200-003 Brasília/DF - [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br)