



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DLL

RELATORIA: DLL

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 036/2022

OBJETO: Recurso administrativo interposto contra a 1ª Revisão Ordinária do Contrato de Concessão da Rumo Malha Paulista

ORIGEM: SUFER

PROCESSO (S): 50500.049426/2021-31

PROPOSIÇÃO PRG: NÃO HÁ MANIFESTAÇÃO.

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de recurso interposto em face da Deliberação nº 185, de 25 de maio de 2022, que aprovou a 1ª revisão ordinária do contrato de concessão firmado com a Rumo Malha Paulista S.A. (RMP).

2. DOS FATOS

2.1. O processo da 1ª revisão ordinária do contrato de concessão firmado com a RMP se iniciou em junho de 2021, oportunidade em que a Gerência de Fiscalização Econômico-Financeira (GEFEF), vinculada à Superintendência de Transporte Ferroviário (SUFER), instou as demais Gerências vinculadas à SUFER a se manifestarem acerca do cumprimento pela concessionária de suas obrigações contratuais.

2.2. Recebidos os insumos das Gerências, a GEFEF procedeu com a análise da revisão ordinária e procedeu com o cálculo do valor de acréscimo à outorga em virtude dos investimentos com prazo determinados não cumpridos, bem como dos valores referentes à recursos para desenvolvimento tecnológico e recursos para preservação da memória ferroviária não utilizados, conforme se afere da Nota Técnica SEI nº 2417/2022/COCEF/GEFEF/SUFER/DIR (SEI 11013832).

2.3. Nesta oportunidade, também foi constatado erro material na fórmula de aplicação do acréscimo à outorga, motivo pelo qual foi proposta a celebração de termo aditivo com a concessionária a fim de corrigi-la.

2.4. A concessionária foi comunicada, por meio do Ofício SEI nº 13079/2022/COCEF/GEFEF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 11087945), de 29 de abril de 2022, acerca do cálculo do acréscimo à outorga e instada a se manifestar sobre a minuta de termo aditivo proposta. A RMP se manifestou por intermédio da Carta nº 0381/GREG/2022 (SEI 11211739).

2.5. O processo também foi encaminhado à Procuradoria Federal junto à ANTT para análise do procedimento de revisão ordinária, bem como da minuta de termo aditivo proposta, tendo ela se manifestado por meio do Parecer nº 00119/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 11370244).

2.6. Em seguida, o processo foi remetido à Diretoria Colegiada para análise e deliberação, tendo sido sorteado o Diretor Davi Barreto como Relator, conforme Certidão de Distribuição REDIR-SEGER 11387806.

2.7. Por meio do Voto DDB nº 059/2022 (SEI11411574), o Relator propôs a aprovação da 1ª Revisão Ordinária do Valor de Outorga, que resultou no acréscimo à outorga de R\$ 2.504.184,27 (dois milhões, quinhentos e quatro mil cento e oitenta e quatro reais e vinte e sete centavos), e da celebração do 4º termo aditivo ao contrato de concessão firmado com a Rumo Malha Paulista S.A., alterando a Cláusula 4.1.1 (xxix) do Anexo 1, a Cláusula 4.1.3 (ix) do Anexo 1, o item 6 do Anexo 3 e a Tabela de Referência das Tarifas de Transporte do Anexo 4, tendo o voto sido aprovado por unanimidade pelo Colegiado, conforme Deliberação nº 185, de 25 de maio de 2022 (SEI 11523522).

2.8. Irresignada com os termos da decisão, a concessionária interpôs, em 06 de junho de 2022, recurso em face da 1ª Revisão Ordinária ao contrato de concessão firmado com a RMP aprovada pela Diretoria Colegiada (SEI11724784). Os autos foram remetidos à SUFER, tendo ela analisado os termos do recurso por meio do Despacho COPAF12158098 e do Despacho COCEF 12202959.

2.9. Em seguida, os autos foram instruídos com o Relatório à Diretoria nº 396/2022 (SEI 12585193) e com a minuta de Deliberação SUFER12593367 e remetidos à Diretoria para análise e deliberação.

2.10. Conforme consta na Certidão de Distribuição12679580, os autos foram distribuídos mediante sorteio a esta Diretoria para análise e proposição em reunião da Diretoria Colegiada.

2.11. São os fatos. Passa-se, a seguir, à análise processual.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. De início, cabe ressaltar que o processo de revisão ordinária se objetiva a reestabelecer

o equilíbrio econômico-financeiro do contrato levando em consideração eventuais investimentos com prazo determinado não cumpridos e valores referentes a recursos para desenvolvimento tecnológico e para a preservação da memória ferroviária não utilizados. O referido reequilíbrio é realizado por meio do acréscimo à outorga.

3.2. No presente caso, a concessionária questiona a interpretação contratual dada pela SUFER para o reconhecimento do cumprimento de determinados investimentos com prazo determinado, bem como do procedimento adotado pela Agência para conduzir a revisão ordinária de seu contrato. Por conta disso, interpôs o presente recurso, requerendo a reconsideração de seus argumentos.

3.3. Com relação ao cabimento do recurso, verifica-se que a concessionária se baseou na Resolução nº 5.083/2016, que cuida do processo administrativo sancionador no âmbito da ANTT, e na Lei nº 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

3.4. Considerando que o processo de revisão ordinária não se trata de processo sancionador, mas apenas, como dito acima, de um processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Portanto, não se mostra cabível, para o presente caso, utilizarmos a Resolução nº 5.083/2016 como fundamento para o cabimento do recurso.

3.5. Ademais, há de se considerar que a interposição de recurso pressupõe a reavaliação da decisão administrativa por autoridade hierarquicamente superior. No caso dos presentes autos, a concessionária se insurge contra Deliberação da Diretoria Colegiada, a qual, segundo o art. 8º do Regimento Interno, é o órgão máximo da ANTT. Assim, verifica-se, neste caso, não seria cabível a interposição de recurso em face da deliberação do Colegiado.

3.6. Contudo, em que pese não haver previsão para a interposição de recursos à decisão da Diretoria Colegiada acerca do processo de revisão ordinária, entendo que, pelo princípio da instrumentalidade das formas, insculpido no art. 277 do Código de Processo Civil, entendo ser cabível o recebimento do recurso interposto como pedido de reconsideração da decisão do Colegiado, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, motivo pelo qual passo a analisar os elementos trazidos aos autos pela RMP.

3.7. A concessionária, em sua peça recursal, pleiteia a concessão de efeito suspensivo, por considerar o valor pago a título de Acréscimo à Outorga, dado sua vultosidade, causaria prejuízo de difícil ou incerta reparação, por impor gravame imediato, excessivo e, possivelmente, despropositado.

3.8. A despeito do alegado, entendo que a imposição de valor de Acréscimo à Outorga não representa prejuízo de incerta ou de difícil reparação, uma vez que, caso se entenda pelo provimento do recurso, tal prejuízo poderia ser eventualmente compensado nas demais parcelas trimestrais de pagamento do valor de outorga ou até mesmo na próxima revisão ordinária. Apesar de representar significativo montante a ser pago por meio da parcela de Acréscimo à Outorga, o Termo Aditivo foi firmado considerando a proporcionalidade entre as obrigações contratuais e a saúde financeira da concessionária, de modo que ela não se comprometeria pela aplicação do reequilíbrio contratual por meio de Acréscimo à Outorga, já que tal fato poderia, até mesmo, comprometer a continuidade da prestação do serviço público concedido.

3.9. Pelo acima exposto, indefiro o pedido de concessão de efeito suspensivo ao pedido de reconsideração ora analisado.

Das Preliminares:

Da Ausência de Oitiva Prévia - Violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa:

3.10. Preliminarmente, a recorrente alega que as razões técnicas, de fato e de direito, por ela apresentadas no âmbito do Procedimento de Averiguações Preliminares (processo nº 50500.099289/2021-86), não teriam sido objeto de consideração. Além disso, sustenta que o processo de revisão ordinária encontra-se maculado por não lhe ter sido oportunizada para apresentar defesa formal e prévia à Deliberação nº 185/2022, infringindo o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, no art. 38, § 3º, da Lei 8.987/1995, e nos arts. 41 e 42, ambos da Resolução nº 5.083/2016.

3.11. Nestes termos, a concessionária alega, em apertada síntese, que, no âmbito do processo de revisão, só foi cientificada acerca dos termos da Nota Técnica nº 2417/2022/COCEF/SUFER/DIR (SEI 11013832), da proposta de 4º Termo Aditivo Contratual, da minuta de Deliberação COCEF11035552 e da Planilhas de Apuração da 1ª Revisão Ordinária (SEI11027844), mas que não teria sido notificada para apresentar a sua defesa. Por esse motivo, pugna pelo reconhecimento da nulidade do presente processo administrativo.

3.12. De início, cumpre salientar que, no âmbito dos contratos de concessão de transporte ferroviário de cargas, o processo de revisão ordinária surgiu com os contratos oriundos dos processos de prorrogação antecipada e as subconcessões realizadas a partir de 2019, que inseriram mecanismos regulatórios mais eficientes, tais como os investimentos com prazo determinado.

3.13. Verifica-se, ainda, que o procedimento de revisão ordinária ainda não foi regulamentado pela SUFER, provavelmente por se tratar de rotina recente da área. A despeito disso, afere-se que este não se trata do primeiro processo de revisão ordinária dos novos contratos concessão/subconcessão de transporte ferroviário de cargas, sendo que, no corrente ano, já foi deliberado o processo de 2ª Revisão Ordinária do Contrato de Subconcessão firmado com a concessionária Rumo Malha Central S.A. (RMC), conforme se afere da Deliberação nº 224/2022. Em ambos os processos, o procedimento adotado pela área técnica foi o mesmo, sendo que para o processo da RMC, não houve questionamento da concessionária acerca de suposta violação ao contraditório e à ampla defesa.

3.14. A Revisão Ordinária e o Acréscimo à Outorga são assim definidos no 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão:

19.2. Revisão Ordinária

12.2.1 É a revisão do Valor de Outorga, calculada anualmente mediante a aplicação do Acréscimo à Outorga, nos termos do Anexo 3.

1.1.1 (ii) Acréscimo à Outorga: valor que será incrementado ao Valor de Outorga, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em função do atraso, alteração dos prazos, ou supressão dos investimentos com prazo determinado; da não utilização dos Recursos para Desenvolvimento Tecnológico ou dos Recursos para a Preservação da Memória Ferroviária; ou do compartilhamento de receitas com o Poder Concedente, apurado nos termos do Anexo 3. (grifos nossos)

3.15. Pelo que se afere, são 4 fatores que podem incrementar o Valor de Outorga do contrato: i) atraso, alteração dos prazos, ou supressão de investimentos com prazo determinado; ii) não utilização dos Recursos para Desenvolvimento Tecnológico; iii) Recursos para a Preservação da Memória Ferroviária; e iv) compartilhamento de receitas com o Poder Concedente. No caso dos presentes autos, deram ensejo ao Acréscimo à Outorga a não utilização dos recursos para desenvolvimento tecnológico e para a preservação da memória ferroviária, bem como o atraso de 8 (oito) investimentos com prazo determinado e a supressão de 1 (um) investimento com prazo determinado, conforme se afere da Nota Técnica SEI nº 2417/2022/COCEF/GEFEEF/SUFER/DIR (SEI 11013832).

3.16. A concessionária se insurge em face de 2 (dois) investimentos com prazo determinado que a ANTT considerou como não cumpridos e a concessionária entende que foram cumpridos.

3.17. Para a apuração do cumprimento dos investimentos com prazo determinado, a SUFER instaura um Procedimento de Averiguações Preliminares (PAP). Neste mesmo PAP, são avaliadas as justificativas da concessionária que eventualmente pudessem comprovar a excludente de responsabilidade pela não conclusão das intervenções dentro do prazo contratual.

3.18. O PAP que analisou o cumprimento das obrigações de investimento com prazo determinado do ano 1 da RMP é o processo nº 50500.099289/2021-86. Este processo se iniciou com a realização de inspeção para avaliação das intervenções realizadas pela concessionária, que resultou no Relatório de Inspeção 011/2021/COFERSP (SEI 8466812), por meio do qual foi constatado que parte dos investimentos não foi concluída.

3.19. Em seguida, foi expedido Ofício à concessionária para que apresentasse suas justificativas e as informações que julgasse pertinentes para a elucidação dos achados relatados no referido Relatório de Inspeção, tendo ela se manifestado por meio da Carta nº 0933/GREG/2021 (SEI 8715911), solicitando dilação de prazo, que foi concedido pela Agência. Por fim, em 13 de dezembro de 2021, a RMP encaminhou suas justificativas por meio da Carta nº 1089/GREG/2021 (SEI 9173961).

3.20. A SUFER analisou as justificativas da concessionária, tendo alterado seu posicionamento com relação a 2 (duas) das 11 (onze) intervenções apontadas no Relatório de Inspeção. As conclusões da mencionada Nota Técnica foram novamente encaminhadas à concessionária, por meio do Ofício nº 582/2022/COPAF/GEFEEF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 441518), oportunidade em que se concedeu novamente prazo para que a concessionária se manifestasse.

3.21. A RMP novamente apresentou suas razões de justificativa (SEI10057800), em 16 de fevereiro de 2022, tendo elas sido analisadas por meio da Nota Técnica SEI nº 2306/2022/COETI/GEPEF/SUFER/DIR (SEI 0902436) e da Nota Técnica SEI nº 2819/2022/COPAF/GEFEEF/SUFER/DIR (SEI 1280531). Por fim, a SUFER ponderou as justificativas da concessionária e manteve a conclusão de que 9 (nove) intervenções não foram concluídas, e recomendou concluir o PAP sem recomendar a abertura de processo administrativo simplificado para penalização da concessionária em virtude dos descumprimentos.

3.22. Em seguida, as conclusões do PAP foram encaminhadas à concessionária (Ofício SEI nº 16912/2022/COPAF/GEFEEF/SUFER/DIR-ANTT - SEI 11666572) e o processo foi arquivado.

3.23. Ato contínuo, a Gerência de Fiscalização de Infraestrutura e Serviços (GEFEEF) encaminhou as conclusões do PAP, isto é, os investimentos não concluídos no prazo contratual, à Gerência de Fiscalização Econômico-Financeira (GEFEEF), responsável pelo cálculo do valor de Acréscimo à Outorga devido. Como dito acima, as conclusões do processo de Revisão Ordinária foram encaminhadas à concessionária (Nota Técnica SEI nº 2417/2022/COCEF/GEFEEF/SUFER/DIR - SEI 11013832), assim como a minuta de termo aditivo proposta, por meio do Ofício nº 13079/2022/COCEF/GEFEEF/SUFER/DIR-ANTT (SEI 087945), tendo a concessionária se manifestado por meio da Carta nº 0381/GREG/2022 (SEI 11211739), oportunidade em que aquiesceu com a minuta de termo aditivo e ficou-se em silêncio com relação às conclusões relativas à Revisão Ordinária contidas na Nota Técnica encaminhada.

3.24. Vale ressaltar que o processo foi encaminhado para análise à Procuradoria Federal junto à ANTT, que assim concluiu:

17. Por derradeiro, e para não nos fazermos deveras repetitivos, conclui-se pela inexistência de óbices jurídico-formais ao procedimento do feito e consequente análise meritória por parte da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, com as considerações aqui realizadas, em especial a constante do item 12 da presente manifestação. (Parecer nº 00119/2022/PF-ANTT/PGF/AGU - SEI 11370244).

3.25. Por fim, a Diretoria Colegiada deliberou pela aprovação da 1ª Revisão Ordinária e pela assinatura da minuta de Termo Aditivo proposta, conforme se afere da Deliberação nº 185/2022 (SEI 11523522).

3.26. Como se vê, somados o PAP e o processo de revisão ordinária, a concessionária se manifestou em 4 (quatro) oportunidades. As suas justificativas foram levadas em consideração pela área técnica, tanto é que ela alterou o seu entendimento com relação a 2 intervenções que tinha

concluído por não entregues no Relatório de Inspeção e foram consideradas entregues ao final do procedimento. Portanto, não se vislumbra, salvo melhor juízo, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa na condução do presente processo, não havendo que se falar, por conseguinte, em qualquer nulidade.

Do Mérito:

Do Atendimento à Cláusula 4.1.6.i do Caderno de Obrigações - Instalação da sinalização entre Perequê e Dona Catarina:

3.27. Neste ponto, a concessionária questiona a interpretação dada pela ANTT para o item 4.1.6.i do Caderno de Obrigações, que prevê a implantação da solução de Sistemas Ferroviários para o trecho compreendido entre os Pátios de Cruzamento de Perequê e Dona Catarina.

3.28. A concessionária alega que a implantação do aludido sistema, com todas as suas funcionalidades, se mostra inexecutável no prazo estabelecido no contrato, por se tratar de sistema altamente complexo, personalizado e que demandaria tempo de maturação junto aos fornecedores. Neste sentido, alega que abriu negociações com as 3 (três) principais fornecedoras do seguimento (Alston, Siemens e Wabtec) e que uma delas (Wabtec) teria indicado ser inviável a completa operacionalização e implantação do sistema no prazo de 1 (um) ano, como estabelecido no contrato.

3.29. Conforme se afere dos autos, a concessionária procedeu com a instalação das chaves elétricas e houses previstas no aludido item do Caderno de Obrigações e que tal fato já deveria ser considerado suficiente pela ANTT para o adimplemento das condições do Caderno de Obrigações. Por fim, indica que há eventual enriquecimento sem causa da União, tendo em vista que a concessionária dispendeu do montante necessário para a instalação das chaves elétricas e das houses e a ANTT ainda aplicou o Acréscimo à Outorga. Pugna, portanto, por excluir o referido descumprimento ao item 4.1.6.i do Caderno de Obrigações.

3.30. Sobre o tema, se mostra válido trazer aos autos os dispositivos do Caderno de Obrigações (Anexo 1 do 2º Termo Aditivo) atinentes a esta obrigação:

Investimentos com Prazo Determinado

4.1. As intervenções relacionadas aos Investimentos com Prazo Determinado são de natureza obrigatória e devem estar plenamente operacionais, providas de todos seus elementos funcionais, dentro do prazo estipulado neste Caderno de Obrigações As estimativas de custo para tais investimentos, os quais se classificam nos grupos relacionados a seguir, se encontram na data base de março de 2020 e já consideram o impacto do benefício do REIDI.

(...)

vi. Investimentos em Sistemas Ferroviários na Linha Tronco;

(...)

4.1.6. Os investimentos em Sistemas Ferroviários consistem em solução integrada a ser implantada nos Trechos localizados na Linha Tronco, entre Perequê e Rubinéia, conforme detalhamento a seguir.

i. A Concessionária deverá implantar solução de Sistemas Ferroviários, no prazo de 01 (um) ano, contado a partir da assinatura deste 2º Termo Aditivo, no Trecho Ferroviário compreendido entre os Pátios de Cruzamento de Perequê (ZPG) e Dona Catarina (ZDI) localizados nos Km 125,025 e 174,062, respectivamente. Deve instalar 73 (setenta e três) chaves elétricas e 23 (vinte e três) houses, cuja estimativa de custo é de R\$ 63.195.136,72 (sessenta e três milhões, cento e noventa e cinco mil, cento e trinta e seis reais e setenta e dois centavos).

(...)

4.1.6.1. A solução de Sistemas Ferroviários devem conter, no mínimo, os seguintes elementos e aplicações:

i. Sistema de Licenciamento e Sinalização de Via com Máquinas de chave elétrica nas entradas e saídas de todos os pátios e detecção e posicionamento em tempo real dos Veículos Ferroviários;

(...)

xi. Sistema de alimentação elétrica, de forma a permitir o funcionamento ininterrupto e eficiente dos elementos que compõem os Sistemas Ferroviários.

(grifos nossos)

3.31. Pelo que se depreende do item 4.1.6.i, o dispositivo demanda que a concessionária implante a solução de sistemas ferroviários no prazo de um ano para o trecho nele indicado e instalar o quantitativo de chaves elétricas e houses nele definidas. Implantar a solução de sistemas ferroviários não compreende apenas a instalação das chaves elétricas e houses, mas também os elementos e aplicações a ela inerentes. Tal interpretação também se mostra aderente ao disposto no dispositivo 4.1, no qual se dispõe que os investimentos com prazo determinado devem estar plenamente operacionais, providos de todos os elementos funcionais, dentro do prazo estabelecido.

3.32. É nesse mesmo sentido que segue o Despacho COPAF12158098, por meio do qual rememora que, no Contrato de Concessão, o risco da estimativa incorreta do cronograma de execução dos investimentos é alocado na concessionária, que a obrigação de implantação dos sistemas ferroviários se deu de forma faseada justamente pensando na complexidade de sua implantação, que o processo de prorrogação foi amplamente discutido por todas as partes envolvidas por mais de 4 (quatro) anos e que as negociações com as empresas para a implantação do sistema ora tratado se deram apenas no período entre 7 e 10 meses após a celebração do Termo Aditivo:

Inicialmente, é desnecessário afirmar que a Concessionária detinha pleno conhecimento das disposições do Plano de Investimentos ao celebrar o 2º Termo Aditivo, que prorrogou a concessão da Malha Paulista por mais 30 anos. **O processo de prorrogação da concessão foi amplamente discutido por todas as partes envolvidas, de modo que, entre a Audiência Pública nº 10/2016, que tratou do assunto, e a assinatura da prorrogação, decorreram-se mais de 4 anos.**

Em relação ao argumento de que "a Recorrente abriu negociações e discussões técnicas com as três principais fornecedoras deste seguimento - ALSTON, SIEMENS e WABTEC (Doc. 02) observa-se que a proposta da Siemens (11724803) é datada de dezembro de 2020, ao passo que as propostas da Wabtec (11724806) e da Alstom (11724811) são de março de 2021. Assim, **vê-se que as negociações se iniciaram tão somente no período entre 7 e 10 meses após a celebração do 2º Termo Aditivo, o que demonstra morosidade por parte da Concessionária.**

Quanto à Carta do fornecedor Wabtec (11724815), que afirma que "A implantação de um sistema com tal nível de tecnologia, segurança e complexidade em período de 1 (um) ano se torna inexecutável, em especial considerando toda a extensão de uma ferrovia complexa e já operacional como a Malha Paulista", cabe lembrar que, nas Cláusulas 4.1.6.i a 4.1.6.v, o **Plano de Investimentos** previu um faseamento para a implantação dos Sistemas Ferroviários, de modo que, a cada ano, os Sistemas deverão ser implantados em apenas determinado trecho da Linha Tronco da Malha Paulista.

Assim, a complexidade de implantação dos Sistemas Ferroviários não passou despercebida na pactuação do Plano de Investimentos, que, repise-se, foi amplamente discutido ao longo de anos, posto que foram estabelecidas fases de implantação. Inclusive, aqui está a se analisar apenas o descumprimento da primeira fase, prevista para o ano 1.

No que refere ao argumento de que "as principais fornecedoras deste mercado afirmam que não se pode cumprir o prazo de implantação integral do sistema em 1 ano", não foram localizadas as referidas afirmações, exceto da Wabtec, já analisada anteriormente.

Não obstante a tudo isso, ainda que fosse procedente o argumento suscitado pela Concessionária, de que a disposição contratual de implantação dos Sistemas Ferroviários seria inexecutável no prazo assinalado, ainda assim não haveria motivo para se reformar o acréscimo à outorga estabelecido no presente processo, por meio da Deliberação nº 185, de 25 de maio de 2022.

Isso porque a **Cláusula 32.1.vc do 2º Termo Aditivo** alocou expressamente à Concessionária os riscos relacionados à estimativa incorreta do cronograma de execução dos investimentos. *In verbis*:

(...)

Esclareça-se, também, que este processo não tem por objeto a apuração da responsabilização da Concessionária pelo descumprimento contratual, a qual foi feita no âmbito do Processo 50500.099289/2021-86.

Com efeito, no que se refere ao atraso do investimento em tela, o condão do presente processo foi o de promover o acréscimo à outorga com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em estrito cumprimento às Cláusulas 1.1.1.ii e 12.1.2.iv do 2º Termo Aditivo.

Como os Sistemas Ferroviários do trecho entre Perequê e Dona Catarina não estavam plenamente operacionais, dotados de todos os seus elementos funcionais, no prazo assinalado, é dever da ANTT proceder o reequilíbrio econômico-financeiro.

(...)

Desse modo, o dispositivo contratual não abriu margem para execuções parciais, tampouco permitiu que ocorresse apenas a "introdução" de investimentos no prazo assinalado. Não há dúvidas de que as intervenções devem estar plenamente operacionais, dotadas de todos os seus elementos funcionais, o que não se verifica no caso em tela.

Ademais, também é importante destacar que o Caderno de Estudos Operacionais (3460958), contido no Processo 50500.310500/2015-89, Caderno este que integra os Estudos Técnicos para assinatura do 2º Termo Aditivo, os quais foram aprovados por meio da Deliberação nº 273, de 26 de maio de 2020, indica claramente que os Sistemas Ferroviários deveriam estar plenamente operacionais nos prazos fixados, como se vê a seguir.

Conforme consta de seu item 2, o Caderno de Estudos Operacionais (3460958) foi utilizado para definir os investimentos necessários para o atendimento da demanda ao longo da concessão prorrogada. Nesse contexto, foram previstos investimentos na modernização da via permanente, na ampliação de pátios de cruzamento, na implantação de novos pátios e nos sistemas ferroviários, dentre outros.

No que se refere aos sistemas ferroviários e à ampliação de pátios, o item 4.5.2.1 do Caderno de Estudos Operacionais apresenta o impacto dessas obras na capacidade da via. Na planilha intitulada "D.3 - RMP - Capacidade - Cenário 03 - Ampliação e sinalização", anexa ao Caderno de Estudos Operacionais (3460958), vê-se, na aba intitulada "Cap. Dupla. EXP", a capacidade instalada da ferrovia de cada ano, no período de 2017 a 2059. Lá se observa o aumento da capacidade do trecho compreendido entre os pátios de Perequê e Dona Catarina entre os anos de 2020 e 2021, em virtude da implantação dos Sistemas Ferroviários. Para que ocorra esse aumento de capacidade, faz-se necessário que os referidos Sistemas estejam em plena operação. (grifos nossos)

3.33. Assim, como bem salientado pela área técnica, o processo de prorrogação antecipada do contrato de concessão firmado com a RMP foi amplamente discutido e consensuado entre as partes. A sua vantajosidade frente ao processo licitatório se justifica justamente pela antecipação de investimentos que ocorreriam somente após um processo licitatório após o término do contrato de concessão, ou seja, a sociedade recebe antes os benefícios decorrentes de um novo processo licitatório.

3.34. A concessionária trouxe aos autos a manifestação de apenas 1 (uma) empresa fornecedora que julgou ser inexecutável a obrigação no prazo estipulado no contrato e tal manifestação se deu apenas após mais de 10 (dez) meses da celebração do 2º Termo Aditivo. Tais elementos não se mostram suficientes, salvo melhor juízo, para caracterizar, de fato, a inexecutabilidade da cláusula contratual.

3.35. Portanto, considerando todo o acima exposto, entendo que a interpretação contratual dada anteriormente por esta Agência se mostra adequada, devendo se manter o valor de Acréscimo à Outorga relativo ao seu descumprimento. Por esse motivo, julgo também não ser procedente a argumentação de que haveria enriquecimento sem causa do Poder Concedente, uma vez que o processo de Revisão Ordinária e sua consequente aplicação de Acréscimo à Outorga se deve justamente por conta de descumprimento da obrigação de investimento obrigatório no prazo estabelecido no contrato.

3.36. Noutro giro, conforme se afere do Despacho GEPEF13664588 e de petição de esclarecimento 13716401, a concessionária pleiteou recentemente a revisão de seu Caderno de Obrigações, que está sendo tratado no âmbito do processo nº 50500.148954/2022-53, motivo pelo qual entendo que a eventual rediscussão de cláusulas contratuais, por suposta inexecutabilidade, deve ser travada no âmbito do mencionado processo, oportunidade em que a ANTT poderá avaliar, de posse de elementos mais robustos, a eventual necessidade ajuste de redação.

Do Atendimento da Cláusula 4.1.7.i do Caderno de Obrigações - Aquisição de 1 desguarnecedora de lastro e 1 desguarnecedora de ombro de lastro:

3.37. O item 4.1.7.i do Caderno de Obrigações prevê a aquisição de 1 (uma) desguarnecedora de lastro e 1 (uma) desguarnecedora de ombro de lastro, no prazo de 01 (um) ano após a assinatura do 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão firmado com a RMP:

4.1.7.i A Concessionária deverá adquirir, no prazo de 01 (um) ano, contado a partir da assinatura deste 2º Termo Aditivo, 1 (uma) desguarnecedora de Lastro de alta capacidade e 1 (uma) desguarnecedora de ombro de Lastro para limpeza do Lastro, de forma a restabelecer os seus padrões ideais, cuja estimativa de custo é de R\$ 38.837.873,58 (trinta e oito milhões, oitocentos e trinta e sete mil, oitocentos e setenta e três reais e cinquenta e oito centavos).

3.38. Em seu recurso, a concessionária alega que celebrou contrato, em 21 de março de 2021, de fornecimento com as empresas LORAM MAINTENANCE OF WAT. INC., LORAM DO BRASIL LTDA. e RAZAC INTERNATIONAL TRADE LTDA para a aquisição dos equipamentos. Assevera, ainda, que não está a se tratar de equipamentos disponíveis a pronta entrega e a fabricante contratada solicitou o prazo de 21 (vinte e um) meses para a sua fabricação, além das atividades necessárias para a importação e o desembaraço aduaneiro. A ordem de fabricação se deu em 20/08/2021 e o pagamento de tais equipamentos se deu em 27/05/2021.

3.39. Pelos motivos expostos, sustenta que não há que se falar em Acréscimo à Outorga por conta do atraso na aquisição dos equipamentos previstos no item 4.1.7.1 e que a sua manutenção, ignorando todos os dispêndios realizados pela concessionária para a aquisição da desguarnecedora, importariam em enriquecimento sem causa da União.

3.40. Pois bem. Assim como no item anterior, a cláusula 4.1.7.i deve ser interpretada em conjunto com a cláusula 4.1 do Caderno de Obrigações, que prevê que as obrigações de investimento com prazo determinado devem estar plenamente operacionais, providas de todos os seus elementos funcionais, nos prazos determinados pelo Contrato. Tal fato se deve, repise-se, ao fato de que o processo de prorrogação antecipada dos contratos de concessão atrela como uma de suas vantagens perante à realização de um novo processo licitatório a antecipação da realização de investimentos na malha concedida, que anteciparão, por conseguinte, os benefícios à sociedade dela decorrentes.

3.41. Neste sentido, conclui-se que o atraso na concretização de tais investimentos impactam diretamente na vantagem da prorrogação antecipada, motivo pelo qual optou-se, como meio de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o Acréscimo à Outorga.

3.42. Sobre a aquisição das desguarnecedora de lastro, a área técnica (Despacho COPAF 12158098), ao se debruçar sobre o contrato firmado entre a concessionária e a fornecedora, verificou que o equipamento só será de propriedade da Rumo após a sua entrega na Oficina de Rio Claro/SP e esta entrega ainda não foi comprovada, sendo que a ordem de fabricação é datada de agosto de 2021, após o prazo de aquisição fixado pelo Caderno de Obrigações, portanto.

3.43. Por outro lado, com relação à desguarnecedora de via de alta capacidade, constata-se que a concessionária ainda não definiu os requisitos técnicos necessários e que seria possível, ainda, a sua substituição por outro equipamento que esteja no portfólio da fabricante ou até mesmo a desistência da compra. A proposta de orçamento prevê a fabricação apenas em 2022.

3.44. Outrossim, vale ressaltar novamente que o risco pela estimativa incorreta do cronograma de execução dos investimentos é alocado na concessionária, conforme se afere da Cláusula 32.1.v.c do Contrato de Concessão, senão vejamos:

32 Alocação de Riscos

32.1 Com exceção dos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente na subcláusula 32.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas não se limitando, aos seguintes:

(...)

(v) ressalvado o disposto na subcláusula 32.2, custos excedentes, bem como atraso ou descumprimento das obrigações estabelecidas no Caderno de Obrigações e neste Contrato ou de outros prazos estabelecidos entre as Partes ao longo de sua vigência, tais como, mas não somente:

(...)

(c) estimativa incorreta do cronograma de execução dos investimentos;

(...) (grifos nossos)

3.45. Diante do cenário acima retratado, verifica-se que a ordem de fabricação da desguarnecedora de lastro é datada posteriormente ao prazo estabelecido no contrato para conclusão da obrigação e que a concessionária somente será sua proprietária com a entrega na sua Oficina de Rio Claro/SP, que não foi comprovada nos presentes autos. Além disso, com relação à desguarnecedora de ombro de lastro, verifica-se que o contrato estabelecido entre a RMP e a fabricante ainda é extremamente precário com relação à sua aquisição. Tais fatos nos permite concluir, por óbvio, que as obrigações de investimento ora tratadas não estão plenamente operacionais e providas de todos os seus elementos.

3.46. Pelo exposto, entendo que não merecem prosperar as argumentações da concessionária, considerando que as obrigações de investimento com prazo determinado não foram cumpridas no prazo estabelecido no contrato, fazendo jus, por conseguinte, ao Acréscimo à Outorga aplicado na 1ª Revisão Ordinária.

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante o acima exposto, VOTO por conhecer do pedido de reconsideração interposto pela concessionária Rumo Malha Paulista S.A. em face da Deliberação nº 185/202, para negar a atribuição de efeito suspensivo e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 06 de outubro de 2022.

LUCIANO LOURENÇO DA SILVA
Diretor



Documento assinado eletronicamente por **LUCIANO LOURENÇO DA SILVA, Diretor**, em 06/10/2022, às 17:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



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, informando o código verificador **13724045** e o código CRC **0C31F746**.

Referência: Processo nº 50500.049426/2021-31

SEI nº 13724045

St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 Lote 10 - Telefone Sede: 61 3410-1000 Ouvidoria ANTT: 166

CEP 70200-003 Brasília/DF - www.antt.gov.br