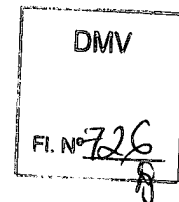




**AGÊNCIA NACIONAL DE
TRANSPORTES TERRESTRES**
DIRETORIA MARCELO VINAUD – DMV
GABINETE DO DIRETOR



RELATORIA: DMV

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: DMV 145/2017

OBJETO: RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELA CONCESSIONÁRIA RUMO MALHA NORTE S.A. (RMN) CONTRA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO ANTT Nº 5.341/2017, QUE CONCEDEU À SEARA O REGISTRO DE USUÁRIO DEPENDENTE DO SERVIÇO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS PRESTADO PELA RMN.

ORIGEM: SUFER

PROCESSO: 50500.089910/2015-55

PROPOSIÇÃO SUFER: RELATÓRIO À DIRETORIA Nº 013/2017/GEROF/SUFER/ANTT, DE 02/10/2017 (fls. 708 a 716).

PROPOSIÇÃO PRG: PARECER Nº 02339/2017/PF-ANTT/PGF/AGU, de 25/10/2017 (fls. 723 a 725).

PROPOSIÇÃO DMV: POR CONHECER O RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELA CONCESSIONÁRIA RUMO MALHA NORTE S.A. EM FACE DA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO ANTT Nº 5.341/2017, COMO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, SEM ATRIBUIR-LHE EFEITO SUSPENSIVO, E, JULGÁ-LO IMPROCEDENTE NO MÉRITO E QUANTO AO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR.

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA

I. DAS PRELIMINARES

1. Trata-se de processo administrativo instaurado pela Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas – SUFER, com base em solicitação apresentada pela empresa SEARA – Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., para obtenção do registro de Usuário Dependente do transporte ferroviário de cargas, prestado pela Concessionária de serviço público de transporte ferroviário de cargas Rumo Malha Norte S.A. – RMN.

AL

2. No âmbito do presente processo, a Diretoria Colegiada desta ANTT editou a Resolução ANTT nº 5.341, de 17/05/2017, por meio da qual a empresa SEARA Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda foi registrada como Usuário Dependente do serviço de transporte ferroviário de cargas prestado pela Concessionária Rumo Malha Norte S.A., para o fluxo de soja e milho com origem em Itiquira/MT e destino ao Porto de Santos/SP.
3. Em face da Decisão da Diretoria Colegiada desta Agência, a Concessionária Rumo Malha Norte S.A. – RMN, protocolou RECURSO ADMINISTRATIVO com pedido de medida cautelar, sobre o qual refere-se o presente expediente.

II. DOS FATOS

4. A empresa SEARA – INDUSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA., apresentou à ANTT o Ofício nº 001/2015, de 20/03/2015, protocolado nesta Agência, em 24/03/2015, sob nº 50500.073142/2015-18 (fls. 03 a 36), por meio do qual requereu “a Declaração de Dependente do Transporte Ferroviário de Cargas para a SEARA, conforme estabelecido na Resolução nº 3694, de 14 de julho de 2011.”
5. A SUFER procedeu à análise do pleito mediante a Nota Técnica nº 028/2015/GEROF/SUFER/ANTT, de 01/05/2015 (fls. 37 a 41).
6. Diante da manifestação da área técnica, a Diretoria da ANTT expediu a Resolução ANTT nº 4.743, de 03/06/2015, por meio da qual “Declara a sociedade empresária SEARA – Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários Ltda. habilitada a negociar contrato de transporte junto à concessionária América Latina Logística Malha Norte S/A, nos termos do artigo 28 do REDUF.”
7. Para melhor compreensão das tratativas mantidas entre as empresas SEARA e RUMO, reproduz-se a seguir parte do contido no item I.2 – Antecedentes do Relatório à Diretoria nº 013/2017/GEROF/SUFER/ANTT, de 02/10/2017 (fls. 708 a 716):
- “5. Em 16 de setembro e 20 de outubro de 2015, a SEARA protocolou pedidos de expedição do Registro de Usuário Dependente antes do decurso do prazo regulamentar, argumentando dificuldade de negociação contratual com a RMN.*
- 6. Em 23 de outubro de 2015, foi expedido o Ofício nº 452/2015/COSEF/GEROF/SUFER, orientando a SEARA a prosseguir nas negociações com a RMN até o esgotamento do prazo estabelecido na Resolução ANTT nº 4.743/2015, conforme a orientação exarada pela Procuradoria Federal junto à ANTT – PF/ANTT no Parecer 13.534/2015/PF-ANTT/PGF/AGU.*
- 7. Em 06 de novembro de 2015, a RMN apresentou “pedido cautelar de inabilitação da SEARA”, aduzindo a impossibilidade de emissão do Registro de Usuário Dependente, haja vista a suposta inadimplência da SEARA a valores devidos por serviços de transporte prestados por essa Concessionária.*
- 8. Em 15 de dezembro de 2015, foi expedido o Ofício nº 526/2015/GEROF/SUFER/ANTT, à RMN, esclarecendo que inexistia previsão normativa que autorize a ANTT a revogar o ato declaratório que habilitou a SEARA a negociar contrato de transporte, “negociação esta que se entende não prejudicada pela existência de eventuais divergências entre as partes quanto à forma de cumprimento atual do contrato de transporte”.*



AL



9. Em 14 de dezembro de 2015, a RMN apresentou requerimento de prorrogação do prazo conferido pela Resolução ANTT 4.743/2015, aduzindo que a usuária apresentou proposta contratual ao final do prazo inicialmente concedido, sem que houvesse tempo hábil para a sua análise financeira, comercial e jurídica.
10. Em 17 de dezembro de 2015, a SEARA solicitou a expedição de Registro de Usuário Dependente mediante decisão administrativa da ANTT, com fundamento no art. 29, parágrafo único, do REDUF.
11. Em 08 de janeiro de 2016, a SUFER encaminhou consulta à PF/ANTT a respeito da necessidade de arbitramento prévio à decisão da ANTT sobre a expedição do Registro.
12. Em 20 de janeiro de 2016, a PF/ANTT orientou a área técnica no sentido de que: (i) o pleito de prorrogação de prazo apresentado pela RMN não deve ser atendido, eis que apenas a usuária, como beneficiária do prazo previsto no REDUF e formalizado pela Resolução ANTT nº 4.743/2015, possui direito a requerer sua prorrogação; (ii) o pedido de “decisão administrativa” na forma requerida pela SEARA também merece indeferimento, porque não pode prescindir de procedimento de arbitramento; (iii) a emissão do Registro de Usuário Dependente está condicionada à prévia celebração do contrato de transporte ou à realização de arbitramento pela ANTT, quando impossível a celebração do contrato. (Parecer nº 00093/2016/PF-ANTT/PGF/AGU).
13. Em 04 de fevereiro de 2016, foi encaminhado à SEARA o Ofício nº 54/2016/GEROF/SUFER/ANTT, que, com base nas orientações da PF/ANTT, requisitou manifestação expressa dessa usuária sobre (i) o interesse na renovação do prazo de habilitação para negociar contrato de transporte junto à RMN, ou (ii) o interesse na instauração de processo de arbitramento da controvérsia.
14. Em 19 de fevereiro de 2016, a SEARA protocolou resposta à ANTT, requerendo: “a) preliminarmente, a prorrogação do prazo negocial, por mais 60 dias (podendo ser abreviados caso reste claro que não há acordo entre as partes)”; e “b) a concessão de medida acautelatória, a vigorar até o encerramento do procedimento administrativo em questão que (i) garanta o direito de a SEARA transportar junto à ALL os volumes por si demandados (Malhas Sul e Norte), bem como (ii) remunerando-se o transporte de acordo com as bases contratuais vigentes entre as partes”.
15. Em 1º de março de 2016, a RMN reiterou o pedido de prorrogação do prazo para a adequação do contrato, com base no art. 28, §2º, do REDUF.
16. Em 23 de março de 2016, a SUFER emitiu decisão com fundamento na Nota Técnica nº 11/2016/COSEF/GEROF/SUFER, no sentido de decidir:
- a) Pela improcedência do pedido de prorrogação do prazo requerido pela ALLMN;
 - b) Pela improcedência do pedido de prorrogação do prazo por 60 dias na forma requerida pela SEARA;
 - c) Pela improcedência do pedido de medida cautelar nos termos requeridos pela SEARA, em face da ausência dos pressupostos que a autorizam, e



AL



d) Por diligenciar a SEARA para que opte, de forma expressa e inequívoca, no prazo de 5 (cinco) dias, ou i) pela renovação do prazo de habilitação para que negocie os termos de contrato de transporte com a ALLMN, pelo prazo regulamentar de 180 dias, por meio de novo ato declaratório a ser expedido pela ANTT (haja vista a expiração do prazo inicial), ou ii) pela instauração de arbitramento pela ANTT, com indicação, ao menos em linhas gerais, dos pontos de divergência entre as partes, esclarecendo, ainda, que a falta de devida manifestação da usuária poderá acarretar o arquivamento do processo de registro de usuário dependente.”

17. Em 06 de abril de 2016, a RMN interpôs Recurso Administrativo em face da referida decisão, alegando a configuração de preclusão em relação à manifestação da SEARA, e subsidiariamente, a “inoportunidade de abertura de procedimento arbitral e a necessidade de prorrogação do prazo para negociação das partes”, requerendo, ao final, (i) a concessão de efeito suspensivo ao recurso; (ii) a reconsideração da decisão da SUFER e o arquivamento dos autos, e, subsidiariamente, (iii) que não seja instaurado procedimento arbitral, mas prorrogado o prazo de negociação entre as partes.

18. Em 14 de abril de 2016, foi recebida nesta ANTT manifestação da SEARA, em que solicita a esta Agência a instalação de procedimento de arbitramento com vistas à solução dos conflitos relativos aos pontos controversos por ela indicados, requerendo: (i) que seja garantido o transporte do volume demandado pela RMN, nos termos do art. 30, §1º, do REDUF; (ii) a complementação dos pontos controversos conforme o que venha a ser alegado pela RMN; (iii) a definição, pela ANTT, das alterações a serem efetuadas no contrato de transporte, em função dos pontos controversos; (iv) a expedição do Registro de Usuário Dependente em favor da SEARA; e (v) a apresentação de todos elementos de prova necessários.

19. Em 12 de maio de 2016, foi expedida a Nota Técnica nº 039/2016/COSEF/GEROF/SUFER/ANTT, pela qual a SUFER propôs à Diretoria Colegiada da ANTT, conhecer do Recurso Administrativo para, no mérito, negar-lhe provimento.

20. Em 27 de junho de 2016, foi publicada no DOU a Deliberação nº 161, de 15 de junho de 2016, que conheceu do Recurso Administrativo, dando-lhe parcial provimento para conceder o prazo de 30 (trinta) dias para que as partes formalizassem as tratativas objeto do presente processo administrativo, e, caso infrutíferas as tratativas, fosse imediatamente instaurado o procedimento de arbitramento, nos termos do REDUF.

21. Em 27 de julho de 2016, foi recebida correspondência da RMN, requerendo a suspensão do processo administrativo e a não instauração de procedimento arbitral, sob os argumentos (i) de que as partes estariam em tratativas e não teria sido possível definir, no prazo adicional de 30 (trinta) dias concedido pela Diretoria Colegiada, todas as questões contratuais pendentes, e (ii) que a SEARA vem sendo atendida pela RMN ao longo de todo o processo de discussão do novo contrato.

22. Em 19 de agosto de 2016, foram enviados os Ofícios nº 207 e 208/COSEF/GEROF/SUFER/ANTT, respectivamente à SEARA e à RMN, para requisitar às partes informar se houve a celebração de contrato de transporte, no prazo de 05 (cinco) dias contados do recebimento dos ofícios.

M

23. *Em 30 de agosto de 2016, a RMN, em resposta à solicitação da ANTT, reiterou o pedido de suspensão do presente processo administrativo.*
24. *Em 06 de setembro de 2016, a SEARA informou que não houve a celebração de contrato de transporte e reiterou o pedido de instauração do procedimento de arbitramento.*
25. *Em 29 de dezembro de 2016, com vistas à instrução da abertura do procedimento de arbitramento, foi expedido o Ofício nº 313/2016/GEROF/SUFER/ANTT, pelo qual foi requisitado à SEARA informar a sua efetiva necessidade de transporte, pelo período de 05 (cinco) anos, em regime de take or pay, nos termos do REDUF, limitada aos volumes informados na Declaração de Dependência.*
26. *Em 18 de janeiro de 2017, a SEARA relatou dificuldades em firmar contratos com terminais de descarga no Porto Santos/SP e solicitou prazo adicional para prestar informações detalhadas sobre os fluxos de transporte.*
27. *Em 07 de fevereiro de 2017, por meio do Ofício nº 047/2017/GEROF/SUFER/ANTT, foi concedido prazo adicional à SEARA para prestação das informações até a data de 1º de março de 2017.*
28. *Em 1º de março de 2017, mediante a Carta nº 004/2017/ANTT, a SEARA informou possuir necessidade de transporte mensal de 30 mil toneladas, nos meses de março a junho e de agosto a novembro de cada ano, totalizado o volume anual de 240 mil toneladas a serem transportadas no trecho indicado na Declaração de Dependência, pelo período de 5 (cinco) anos, sob regime de take or pay.*
29. *Sob recomendação da área técnica da SUFER a ANTT publicou, em 18 de maio de 2017, a Resolução 5.341, de 17 de maio do mesmo ano, que registrou a sociedade empresária SEARA indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. como usuário dependente do transporte ferroviário de cargas, prestado pela concessionária RMN, para o fluxo de soja e milho com origem em Itiquira/MT e destino ao Porto de Santos/SP.”*
8. Irresignada, a Concessionária Rumo Malha Norte S.A. protocolou junto a esta Agência, em 29/05/2017, sob nº 50500.255714/2017-47, RECURSO ADMINISTRATIVO, com pedido de medida cautelar que consta às fls. 645 a 668 dos autos, por meio da qual aquela concessionária requereu:
- “i. seja anulada a Resolução nº 5.341/2017, tendo em vista que o ato possui vícios insanáveis que atentam contra o contraditório, a legalidade e motivação.*
- ii. sucessivamente, não se entendendo pela anulação da referida Resolução, a RUMO MALHA NORTE requer a sua reforma, para que seja indeferido o pedido de Declaração de Usuário Dependente formulado pela SEARA ou, ao menos, que seja adotada medida cautelar para lhe impor a obrigação de efetuar o pagamento do volume declarado com 30 (trinta) dias de antecedência da data informada para o transporte de carga, sem o qual a recusa do transporte será considerada legítima e justificada.”*
9. A RUMO Malha Norte S.A. alega, em apertada síntese, que:



AL

“Como aqui restará demonstrado, a Resolução nº 5.341/2017 padece de uma série de vícios que podem ser assim sumarizados:

- **Violação ao contraditório** – a concessionária não poderia ser tolhida em seu direito de se manifestar a respeito dos documentos e informações prestadas pela SEARA, que pautaram e foram determinantes para a decisão da Diretoria Colegiada. Por violação ao contraditório, a decisão administrativa padece de nulidade;
- **Violação ao princípio da legalidade** – a declaração de Usuário Dependente não está aderente à Resolução nº. 3.694/2011, não havendo discricionariedade por parte desta Agência para afastar ou relativizar as disposições do art. 23 desse normativo, que elenca as cláusulas essenciais do contrato de transporte ferroviário;
- **Violação ao princípio da motivação** – a decisão da Diretoria Colegiada passa ao largo de fato notório e relevante e que não poderia, em hipótese alguma, ser desconsiderada. O inadimplemento da SEARA com relação ao pagamento dos serviços de transporte ferroviário – que constitui uma das hipóteses de perda de condição de Usuário Dependente – é elemento fundamental para análise do pedido e deveria ser abordado e enfrentado quando da análise do pedido formulado pela SEARA. ”

10. Os argumentos apresentados pela Concessionária Rumo Malha Norte foram objeto de acurada análise pela SUFER, por meio do Relatório à Diretoria nº 013/2017/GEROF/SUFER/ANTT, de 02/10/2017 (fls. 708 a 716), bem como pela PF/ANTT que se posicionou mediante Parecer nº 02339/2017/PF-ANTT/PGF/AGU, de 25/10/2017 (fls. 723 a 725).

11. Com relação à natureza jurídica do documento apresentado pela Concessionária, denominado “Recurso Administrativo em face da Resolução nº 5.341/2017”, a SUFER ponderou, no âmbito do Relatório à Diretoria nº 013/2017/GEROF/2017 que o mesmo deve ser recepcionado “como um Pedido de Reconsideração à Diretoria Colegiada da ANTT, referente à edição da citada Resolução, haja vista o exaurimento da esfera administrativa, nos termos do inciso IV, art. 62, Lei 9784, de 29 de janeiro de 1999, e considerando que as decisões proferidas pelas Diretorias Colegiadas das agências reguladoras têm o efeito de coisa julgada administrativa”.

12. Ainda no que tange à natureza jurídica do documento apresentado pela Concessionária, a PF/ANTT manifestou-se no seguinte sentido:

“6. Inicialmente, estou de acordo com a proposta da SUFER/ANTT para o recebimento do Recurso Administrativo como Pedido de Reconsideração, considerando que a decisão recorrida foi proferida pela instância máxima da ANTT.

7. Embora a Lei nº 9.784/1999 não discipline o Pedido de Reconsideração, penso que, no caso, de modo a garantir aos litigantes, em processo administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV, da Constituição Federal) poderá ser aplicada, em prestígio ao princípio da fungibilidade, a previsão regulamentar contida no § 3º do art. 57, da Resolução ANTT nº 5.083/2016, que prescreve:



“§3º Se a decisão inicial tiver sido proferida pela Diretoria Colegiada da ANTT, caberá pedido de reconsideração.”

III. JUSTIFICATIVAS

13. Passando à análise de mérito das alegações apresentadas pela RUMO Malha Norte S.A., com relação à alegação de violação do contraditório, a Concessionária afirma que:

“22. Conforme fica claro da simples análise do processo administrativo, a ANTT deixou de intimar a Concessionária acerca das alegações das informações prestadas pela SEARA em 16.01.2017 e em 01.03.2017, nas quais apresenta “seu plano de fluxo de vendas para os próximos 5 (cinco) anos, detalhado pela demanda mensal a ser transportada em regime take or pay, conforme tabela abaixo, utilizando-se da porcentagem de 10% (dez por cento) de tolerância, conforme previsto no contrato e declaração de dependência.

23. Essas informações, de acordo com a Nota Técnica nº 024/2017, foram determinantes para que a Agência indeferisse o pedido de arbitramento requerido pela SEARA, afastando a necessidade de celebração de novo Contrato de Transporte Ferroviário ou mesmo ajustes contratuais anteriormente exigidos para o deferimento do pedido de Declaração de Usuário Dependente. In verbis:

“37. Dessa forma, entende-se que inexistente litígio que justifique a instauração de um procedimento de arbitramento pela ANTT, no presente caso, haja vista que as condições de acesso ao transporte ferroviário do volume anual de transporte necessário à SEARA (240 mil toneladas) no trecho pretendido (Itiquira/MT ao Porto de Santos/SP), em regime de take or pay, pelos próximos 5 anos, já se encontram estabelecidas pelas partes no Contrato de Prestação de Serviços de Transporte e Outras Avenças, de 27 de outubro de 2010.”

24. Acontece que os termos contratuais pretéritos ao pedido de Declaração de Usuário Dependente não afastam a necessidade de que as partes negociem ou renegociem o fluxo de transporte. A Resolução impõe um iter procedimental que não pode simplesmente suprimido, **com a adoção de uma disposição contratual negociada há mais de 7 anos**, em termos completamente diversos.

25. Nesse sentido, inclusive, é o entendimento da Procuradoria Federal junto à ANTT, em Parecer 93/2016/PF-ANTT-PGD/AGU (fls. 192/194v), quando instada a se manifestar sobre a necessidade de a ANTT arbitrar as questões não resolvidas pelas partes e sobre a possibilidade de a ANTT expedir a declaração de usuário dependente sem que essas questões sejam equacionadas. Veja-se:

“8. Quanto à consulta formulada, manifesto-me de acordo quanto ao questionado no item a) e b1). Quanto ao questionado no item b2), considero que, nos termos da Resolução ANTT nº 3.694/2011, o registro como usuário dependente está condicionado à previa celebração de contrato (parágrafo único do art. 29, da Resolução ANTT nº 3.694/2011. Assim, não há fundamento jurídico para o



AL



registro de usuário dependente sem que ocorra pelo menos uma das condições supramencionadas”. (g.n)

(...)

14. Com relação a tal argumentação, a SUFER verificou que a Concessionária exerceu amplo direito de defesa, tendo se manifestado livremente em todas as fases do processo, inclusive mediante o pedido de reconsideração em análise. Ainda segundo a SUFER:

“64. Cabe ressaltar que as informações prestadas pela Usuária em 1º de março de 2017, mediante a Carta nº 004/2017/ANTT, resultaram na necessidade de um volume anual de 240 mil toneladas a serem transportadas no trecho indicado na Declaração de Dependência, pelo período de 5 (cinco) anos, sob regime de take or pay, **valor inferior** ao volume próprio mínimo anual de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) toneladas por ano, também sob forma de take or pay, estabelecido no Contrato de Prestação de Serviços de Transporte e Outras Avenças, firmado entre as partes em 27 de outubro de 2010 e vigente até 31 de dezembro de 2027. (Itens 4.1 e 4.1.1), nos termos dos itens 29 e 30 da citada Nota Técnica nº 024/2017.

65. Não há que se falar em informações novas e relevantes acostadas aos autos, desconhecidas da Concessionária, e que justificassem uma nova manifestação de sua parte, além do respeito à autonomia de vontade das partes nas relações contratuais legitimamente estabelecidas, como está expresso com clareza nos itens 31 a 33 da Nota Técnica 024/2017.

66. Diante do exposto, fica claro que em nenhum momento do processo foi imposta uma nova obrigação à Concessionária ou cerceado seu direito de se manifestar, e em nenhuma hipótese a ANTT violou o **contraditório**, mas sim exerceu sua competência para editar a Resolução nº 5.341/2017 e registrar a SEARA como usuária dependente, ratificando o direito da Usuária previsto no Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas – REDUF, tudo em conformidade com o entendimento da PF/ANTT (Parecer n. 00785/2017/PF-ANTT/PGF/AGU) e aprovação da Diretoria Colegiada da Agência.”

15. Ainda com relação à alegação da RMN quanto à suposta violação do contraditório, a PF/ANTT pugnou:

“11. Assim, a manifestação desta Procuradoria por ocasião do PARECER N. 093/2016/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 192/194v), se deu em momento no qual havia o interesse da Usuária Dependente de transportar um fluxo de volume de carga superior ao que já havia sido contratado com a Recorrente (578.216 a 913.064 mil toneladas anuais de transporte – conforme item 33 da NOTA TÉCNICA N. 024/2017/COSEF/GEROF/SUFER/ANTT – fls. 551/556). Daí a orientação então emanada quanto a necessidade de instauração do procedimento de arbitramento.

12. Ocorre que, como registrado no PARECER N. 00785/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 562/563), esta situação alterou-se no curso do procedimento, visto que o pedido de registro de usuário dependente passou a ficar restrito aos limites de quantitativos de transporte já contratados com a Concessionária, de modo a viabilizar a possibilidade do seu deferimento, sem que disso pudesse ser aventado qualquer dos vícios apontados pela Recorrente.

(...)



AL



14. Ora, se já existia contrato entre as partes amparando, nos termos da regulamentação específica, a pretensão do registro de usuário dependente, não há que se cogitar de ofensa ao contraditório por não ter a Recorrente se manifestado sobre a Carta nº 004/2017/ANTT (fls. 546/547), até por que, segundo a SUFER/ANTT, nenhuma obrigação nova e diversa da contratada teria sido imposta à Concessionária.

15. Aliás, a ausência de manifestação da Recorrente decorre da sua própria omissão. Com efeito, a “Solicitação de Consulta e Recebimento de Cópia de Processos” de fls. 595, comprova que a Recorrente teve vista dos autos em 11/05/2017, vale dizer, data na qual já havia sido apresentada a Carta nº 004/2017/ANTT (fls. 546/547) e já existia a NOTA TÉCNICA N. 024/2017/COSEF/GEROF/SUFER/ANTT (fls. 551/556) propondo o registro da Recorrida como usuária dependente. Assim, nesta oportunidade, a Recorrente poderia ter contraditado a Carta nº 004/2017/ANTT (fls. 546/547), se insurgindo contra a proposta de registro, visto que a Resolução ANTT n. 5.341/2017 só foi proferida em 17 de maio.

16. Como nada fez, presume-se ter renunciado ao contraditório que lhe foi propiciado por ocasião do acesso aos autos antes da edição da Resolução impugnada.”

16. Com relação à alegação de violação ao princípio da legalidade a Concessionária Rumo Malha Norte afirma, em síntese, que:

“A Resolução nº 5.341/2017 é arbitrária na medida em que, no exercício de uma discricionariedade que não lhe foi conferida, o administrador público, sem poder para tanto, e de forma contrária ao entendimento exarado pela Procuradoria Federal junto à ANTT, afastou as exigências estabelecidas pelos arts. 23 e 28 da Resolução nº 3.694/2011, para declarar a SEARA Usuária Dependente dos Serviços de Transporte Ferroviário”.

17. Quanto a esta alegação apresentada pela Recorrente, a SUFER manifestou-se da seguinte forma:

“69. Em síntese, o argumento da Concessionária se baseia na falta de ajustes contratuais para sanar as pendências “a”, “b”, “c” e “d” que foram levantadas pela própria ANTT, mostradas na Tabela 3 da Nota Técnica nº 028/2015/COSEF/GEROF/SUFER, fls. 37 a 41, que impossibilitaram, em primeiro de junho de 2015, o registro da SEARA como usuário dependente.

70. Entretanto, a citada Nota Técnica 024/2017/COSEF/GEROF/SUFER/ANTT, demonstrou, em seus itens 40 a 46, a **viabilidade de emissão do Registro de Usuário Dependente**, por meio de uma análise detalhada de cada pendência (“a”, “b”, “c” e “d”), cujas conclusões foram reproduzidas a seguir.

71. **Quanto pendência “a”**, “ausência de previsão contratual de quantidades mínimas relativas a fluxos, submetidas à incidência da cláusula take or pay”, concluiu-se que foi sanada, haja vista que o volume próprio mínimo anual a ser transportado (250 mil toneladas), em regime de take or pay, corresponde ao volume conjugado dos grãos disponibilizados pela SEARA, dentre eles soja e milho, conforme programação, para transporte com origem em Itiquira/MT e destino no



AL



Porto de Santos/SP, de forma que resta caracterizada, no contrato, a variável “quantidade determinada” exigida pelo art. 2º, inciso X, do REDUF.

72. Quanto às pendências “b” e “d”, embora o contrato não preveja as informações referentes ao “tempo de viagem da origem ao destino”, “escala de prioridade do despacho da carga” e “velocidade média na via”, entendeu-se que sua ausência não constitui questão impeditiva à execução do seu objeto, já que (i) tratam-se de informações cujo conhecimento e observância constituem direitos do usuário, independentemente de sua formalização no contrato de transporte (art. 23, §1º, do REDUF), e que devem ser fornecidas pela concessionária sempre que solicitadas (art. 22, parágrafo único, do REDUF); (ii) tratam-se de aspectos operacionais dinâmicos, tendo as partes pactuado a busca pela sua padronização, ausente a previsão de penalidades (Item 5.1, “c”, do contrato); (iii) a necessidade de transporte atualizada, declarada pela SEARA para os próximos 5 (cinco) anos, em regime de take or pay, está totalmente abarcada pelo volume já contratado, o que denota a ausência de necessidade de redimensionamento dos parâmetros de execução do transporte já praticados entre as partes desde o início da vigência do contrato, em função de alteração nos volumes a serem transportados; e (iv) por se tratar de serviço público regulado, existindo eventuais desacordos, poderão ser posteriormente definidos parâmetros para esses aspectos, contando com a atuação da ANTT.

73. Quanto à pendência “c”, entendeu-se que a possibilidade de adoção, ou não, de procedimento alternativo de resolução de conflitos constitui questão cuja inclusão no contrato de transporte está circunscrita à autonomia de vontade das partes contratantes. Cumpre registrar, nesse sentido, que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, estipula que a cláusula compromissória poderá estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira (art. 4º, §1º), podendo as partes, na ausência de acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, firmar o compromisso arbitral em dia, hora e local certos (art. 6º). De todo modo, entende-se que a inexistência de tal regramento no contrato reflete a ausência de vontade das partes de assim proceder quando da formalização do acordo, não havendo prejuízo ao disposto no art. 23, inciso XIII, do REDUF.

74. Diante do exposto e da análise presente dos autos deste processo, conclui-se que a Agência não incorreu em ilegalidade ao emitir o Registro de Usuário Dependente à SEARA, mas atuou nos limites de suas competências e atribuições legais vigentes.

18. Ainda quanto à alegação de violação ao princípio da legalidade, a PF/ANTT, considerando a manifestação acima apresentada pela SUFER/ANTT, posicionou-se da seguinte forma:

“17. Outrossim, também não procede a alegada ofensa ao princípio da legalidade, visto que as pendências que haviam sido suscitadas pela área técnica teriam sido sanadas, consoante esclareceu a própria SUFER/ANTT:

(...)”

19. A Concessionária Rumo Malha Norte S.A. alegou, ainda, violação ao princípio da motivação, nos seguintes termos:

 AL 

“43. Como sabido, o adimplemento das obrigações perante a concessionária é condição para a manutenção da Declaração de Usuário Dependente dos Serviços Ferroviário. Dentre as obrigações a serem cumpridas está aquela prevista no art. 32, II, da Resolução 3.694/2011, que tem a seguinte redação:

“Art. 32. O usuário registrado como dependente deverá:

(...)

II – pagar pela quantidade comunicada à concessionária na forma do art. 31, exceto quando não der causa à não efetivação do transporte.”

(...)

46. Tanto isso é verdade que o Gerente de Regulação, no Ofício nº 526/2015/GEROF/SUFER/ANTT (fls. 138), diante da informação a respeito do reiterado e renitente inadimplemento da SEARA (fls. 97/132), reconheceu expressamente que essa situação deveria ser levada em consideração quando da análise do pedido formulado pela SEARA. Veja-se:

“7. Esta GEROF esclarece que a avaliação da alegada situação de inadimplemento da usuária, bem como da possibilidade de suspensão da prestação dos serviços, constitui objeto de análise de processo específico para este fim, cujas conclusões poderão ser eventualmente consideradas no decorrer da apreciação do pedido de registro de usuário dependente encaminhado pela usuária SEARA.”

(...)

52. O deferimento do pedido de Declaração de Usuário Dependente para a SEARA, sem que se tenha enfrentado a questão pertinente ao inadimplemento da usuária e os riscos para o próprio serviço público, torna a decisão administrativa nula, por vício de motivação. A supressão do vício, com o enfrentamento e correto endereçamento da questão, com a adoção de medida cautelar, poderia convalidar a decisão ora recorrida, minimizando os riscos a ela atrelados.”

20. No que tange à alegação da Recorrente quanto ao suposto vício de motivação desta ANTT na edição da Resolução nº 5.341/2017, a SUFER/ANTT manifestou:

“77. A GEROF entende que este argumento não deve prosperar pelos argumentos elencados a seguir:

78. No que refere ao histórico de reiterado inadimplemento contratual, com possível acúmulo de débitos por parte da Usuária, que teriam atingido a cifra superior a 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), nos termos do item 4 do Recurso, fl. 647, cumpre salientar, inicialmente, que a Concessionária não traz, em seu Pedido de Reconsideração, um memorial que demonstre de forma inequívoca a verossimilhança de tal informação.

79. Dessa forma, poder-se-ia considerar que a Concessionária se refere aos valores de débitos atribuídos à SEARA, os quais teriam sido apurados até a data base de 03 de novembro de 2015, no montante de R\$ 2.949.863,24 (dois milhões, novecentos e quarenta e nova mil, oitocentos e sessenta e três reais e vinte e quatro centavos), sendo, deste total, R\$ 1.052.761,16 (um milhão, cinquenta e dois mil, setecentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos) aferidos no âmbito do

ml AL *X*

contrato com a RMN, consoante dados extraídos da Carta sem número da Concessionária, protocolo 50500.348211/2015-52, fls. 99, do presente processo.

80. Ocorre que estes mesmos valores foram discutidos no Processo nº 50500.348208/2015-39¹, especificamente na Nota Técnica nº 06/2016/COSEF/GEROF/SUFER/ANTT, de 22 de fevereiro de 2016, cuja decisão final foi pelo indeferimento do pedido de suspensão do serviço, haja vista que os documentos trazidos àqueles autos não permitiram certificar que a SEARA seria usuário reiteradamente inadimplente no pagamento de tarifas, bem como teria recebido transporte gratuito. Tal processo teve sua tramitação administrativa finalizada com a publicação da Deliberação nº 261, de 05 de outubro de 2016, pela qual a Diretoria Colegiada da ANTT julgou improcedentes Embargos de Declaração interpostos pela Concessionária, portanto, em momento anterior à decisão pela emissão do Registro de Usuário Dependente à SEARA.

81. Nesse sentido, cumpre salientar que, como ressaltado no Ofício 526/2015/SUFER/ANTT, as conclusões acerca de eventuais inadimplementos de tarifas poderiam ser apenas “eventualmente consideradas no decorrer da apreciação do pedido de Registro de Usuário Dependente encaminhado pela SEARA”, hipótese que não se mostrou necessária, haja vista o assunto ter sido superado no âmbito desta ANTT, em processo especificamente instaurado para esse fim.

*82. Diante do exposto, no mérito, não há que se falar em anulação da Resolução nº 5.341/2017, que registrou a SEARA como usuária dependente, sob o argumento do possível inadimplemento da usuária, e, quanto a ausência de **motivação** alegada pela Concessionária, considera-se completamente improcedente a alegação.”*

21. No mesmo sentido a PF/ANTT posicionou-se em face da alegação da ausência de motivação alegada pela Recorrente, tendo informado que:

“18. Finalmente, igualmente não procede a alegada ausência ou deficiência na motivação da decisão recorrida. A este respeito, como esclarecido pela SUFER/ANTT, o suposto inadimplemento da Usuária Dependente para com a Recorrida foi tratado e resolvido em processo específico e distinto, verbis:

(...)

19. Por conta, justamente, da decisão proferida quanto aos supostos inadimplementos, que não foram reconhecidos pela ANTT, é que não se pode admitir a pretendida medida cautelar, tendente a obter da Usuária a antecipação de pagamento de fretes, bem assim por que não foram demonstrados fatos novos que ensejassem a revisão da referida decisão, encontrando-se, portanto, ausentes os pressupostos necessários do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora”.

20. Acrescente-se ainda que não foram apontadas ou demonstradas quaisquer das circunstâncias descritas nos incisos do art. 166, do Código Civil Brasileiro, de modo a viabilizar a nulidade do contrato de transporte celebrado e vigente entre as partes, bem como da própria Resolução ANTT n. 5.341/2017.”

¹ Análise do pedido de suspensão do serviço de transporte ferroviário prestado pelas concessionárias ALLMS e ALLMN à usuária SEARA.



22. A SUFER finaliza sua manifestação, constante do Relatório à Diretoria nº 013/2017/GEROF/SUFER/ANTT, de 02/10/2017 (fls. 708 a 716) informando que “*não existem razões de ordem jurídica ou técnica que justifiquem a anulação da Resolução nº 5.341/2017...*”.

23. A referida área técnica recomenda à Diretoria Colegiada que “*conheça, sem efeito suspensivo, como Pedido de Reconsideração, o Recurso Administrativo, com pedido de medida cautelar, interposto pela Concessionária Rumo Malha Norte S/A em face da edição da Resolução ANTT 5.341/2017, e o julgue improcedente no mérito e quanto ao pedido de medida cautelar*”.

IV. DO VOTO

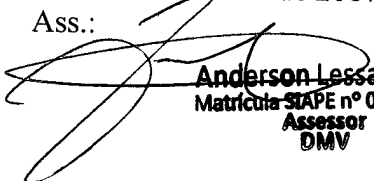
24. Diante do exposto, considerando as manifestações da Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas – SUFER, bem como da Procuradoria Federal junto a esta Agência Reguladora, VOTO no sentido de que a Diretoria desta Agência, no uso de suas atribuições, delibere por conhecer do Recurso Administrativo interposto pela Concessionária Rumo Malha Norte S/A em face da edição da Resolução ANTT 5.341/2017, como Pedido de Reconsideração, sem atribuir-lhe efeito suspensivo, e, julgá-lo improcedente no mérito e quanto ao pedido de medida cautelar.

Brasília-DF, 27 de outubro de 2017.


MARCELO VINAUD PRADO
Diretor

À Secretaria Geral – SEGER, com vistas ao prosseguimento do feito.
Em 27 de outubro de 2017.

Ass.:


Anderson Lessa Lucas
Matrícula STAPE nº 01510837
Assessor
DMV