



RELATORIA: DSL

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 030/2017

OBJETO: AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA NORTE S/A. ANUÊNCIA PRÉVIA. GARANTIA PARA CAPTAÇÃO FINANCEIRA NO MERCADO INTERNACIONAL. DIREITOS EMERGENTES DA CONCESSÃO.

ORIGEM: SUFER

PROCESSO(s): 50500.021297/2017-31

PROPOSIÇÃO PF-ANTT: PARECER Nº 00651/2017/PF-ANTT/PGF/AGU.

PROPOSIÇÃO DSL: PELO DEFERIMENTO DO PLEITO.

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

I - DAS PRELIMINARES

O presente processo administrativo versa sobre pedido formulado pela Rumo Logística Operadora Multimodal S/A – RUMO, controladora direta da Concessionária América Latina Logística Malha Norte – ALLMN, que pretende obter autorização desta Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT para que os direitos emergentes da concessão sejam dados em garantia de operação de captação financeira no mercado internacional.

II – DOS FATOS

A Requerente, nos termos da Carta nº 112/GJS/2016, esclareceu que pretende, por meio de uma subsidiária integral – RUMO LUX, emitir títulos no mercado externo, que seriam internalizados por uma das seguintes formas: i) a ALL Holding emitiria uma debênture, no Brasil, que seria totalmente adquirida pela RUMO LUX com os recursos captados; ou ii) após o depósito no exterior em bancos comerciais nacionais, mediante aquisição de Nota Promissória, estes adquiririam Notas de Crédito à Exportação – NCE emitidas pela ALLMN.

A Rumo/ALLMN fundamenta seu pedido no sentido de que as transações teriam por objetivo uma reestruturação de seu passivo, com a quitação de dívidas de curto prazo que seriam quitadas antecipadamente, em detrimento de um endividamento de longo prazo. Além disso, ressalta que a quitação de débitos com bancos nacionais de primeira linha permitiria a obtenção de Fiança Bancária, essencial à liberação de empréstimos de longo prazo pré-aprovados junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

Após realizada a devida instrução processual, com trocas de correspondências entre a pleiteante e as áreas técnicas desta ANTT, a Gerência de Fiscalização Econômico-Financeira – GEAFI, da Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas – SUFER, realizou uma análise minuciosa do pleito, abordando sugestões para mitigação de riscos que a operação poderia trazer para a concessão, concluindo favoravelmente ao pleito da ALLMN, nos termos da NOTA TÉCNICA Nº 008/2017/GEAFI/SUFER (fls. 1326/1334):

“(…)

5.1. Frente a todo o exposto, considerando a documentação apresentada e diante dos riscos mapeados ao longo desta nota técnica, considerando as competências desta Superintendência, não vislumbramos óbice ao deferimento do pleito, desde que sejam observados os pontos de controle e ações mitigadoras dos riscos apontadas abaixo:

- *A autorização deve estar limitada a USD 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de dólares americanos);*
- *Qualquer pagamento efetuado pelo Banco ao Emitente em decorrência da Nota, inclusive na hipótese de venda da Obrigação de Referência, deverá ser utilizado pelo Emitente, estritamente, para o pagamento do valor dos Títulos;*
- *Deve ser vedado a indicação de concessionária prestadora de serviço público como Emitente Substituto;*
- *A Escritura de Emissão deve ser aditivada para que a ANTT seja notificada pelo Fiduciário na ocorrência de Evento de Inadimplemento ou Substituição da Emitente, de que tratam as Cláusulas 6.01 e 9.03 da Escritura de Emissão;*
- *Na ocorrência de substituição da Emitente, deverá o Emitente indicar ao Banco, o Emitente Substituto como beneficiário dos pagamentos prospectivos decorrentes da Nota;*
- *Em até 36 (trinta e seis) meses da Data de Vencimento do Principal da NCE, deverá a Concessionária apresentar à ANTT, plano de trabalho contendo as ações necessárias para o pagamento do Principal da NCE.*

- i. *O plano de trabalho será aprovado pela Unidade Organizacional responsável pelo transporte ferroviário de cargas.*
 - ii. *Na hipótese de não apresentar o plano de trabalho nos termos do caput, deverá a Concessionária provisionar, mensalmente, a importância correspondente a 1/36 (um trinta e seis avos), do valor do Principal da NCE.*
- *A Rumo S/A deverá comprovar, em até 30 (trinta) dias contados a partir da data de vigência da autorização, que:*
 - iii. *O montante obtido com a emissão dos Títulos, em dólares americanos, foi destinado pela Rumo Lux à aquisição de Nota Promissória junto ao Itaú Unibanco S/A;*
 - iv. *O Banco realizou empréstimo à Concessionária, por intermédio de Nota de Crédito à Exportação Mediante Repasse de Recursos Externos NCE emitida pela Concessionária em favor do Banco, cujo valor do Principal, em dólares americanos, foi igual ao valor do resultado líquido da Nota, sendo que a Nota estará vinculada à NCE, nos termos da Resolução nº 2.921, do Conselho Monetário Nacional, datada de 17 de janeiro de 2002;*
 - v. *A Data de Vencimento do Principal e a Data de Vencimento dos Juros, bem como o Valor do Principal e o Valor dos Juros em dólares americanos, estabelecidos nos Títulos, na Nota e na NCE, são iguais;*
 - vi. *A Concessionária contratou instrumentos derivativos para proteção cambial em valor igual ao Valor do Principal da NCE;*
 - vii. *A Escritura de Emissão foi aditivada para que a ANTT seja notificada pelo*
 - viii. *Fiduciário na ocorrência de Evento de Inadimplemento ou Substituição da Emitente, de que tratam as Cláusulas 6.01 e 9.03 da Escritura de Emissão. (...).” (sic)*

Instada a se manifestar, a Procuradoria Federal junto à ANTT – PF/ANTT, debruçou-se sobre os aspectos jurídicos que envolvem a matéria em cotejo, concluindo que “(...) observadas as cautelas apontadas pela GEAFI/SUFER, as recomendações contidas no item 22 acima e abstraídas questões de ordem técnica, mormente no que se refere à avaliação de riscos da operação pretendida, manifesta este órgão jurídico favoravelmente ao pleito da concessionária”, nos termos do PARECER Nº 00651/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 1343/1347), que ora destaco, *ipsis litteris*:

“(...)

12. *Importante alertar que as operações financeiras pretendidas são de exclusiva responsabilidade da Concessionária, sem que possa derivar da anuência da ANTT qualquer obrigação subsidiária ou solidária pelo pagamento das dívidas que serão contraídas, até porque a solidariedade não se presume, decorrendo da lei ou da vontade das partes (art. 265, do Código Civil Brasileiro CCB). Como gestora do Contrato de Concessão, cabe à Agência aferir se o nível de endividamento do Concessionário tem o condão de trazer riscos à própria concessão e, por consequência, à continuidade na prestação do serviço.*

13. *Um segundo ponto que precisa ficar claro reside na abrangência da garantia oferecida, que, na dicção legal, limitasse aos "direitos emergentes da concessão". O fato é que somente o lucro derivado da atividade concedida poderá responder por*

eventual inadimplemento das obrigações que serão contraídas, cedição que os bens públicos de uso comum e os de uso especial vinculados à concessão são inalienáveis (art. 100, do CCB), não podendo, assim, ser objeto de constrição judicial. Acerca da abrangência da expressão "direitos emergentes da concessão" são esclarecedoras as lições de Marçal Justen Filho:

Observe-se que mesmo os recursos financeiros do concessionário poderão estar abrangidos na regra da impenhorabilidade. Suponha-se que o concessionário disponha de depósitos bancários e os fundos destinem-se à liquidação de débitos relacionados com a execução da concessão: pagamento de salários, liquidação de tributos ou a realização de investimentos para a ampliação dos serviços, por exemplo. Não será facultado a um credor pleitear a apreensão dos valores, invocando pretensões fundadas em direito privado. Se aquelas verbas forem destinadas à manutenção da continuidade do serviço público, serão imunes a penhora ou apreensão judicial. (...) Permite-se, porém, a alienação dos "direitos emergentes" da concessão. (...) Basicamente, trata-se das receitas econômicas que o concessionário poderá auferir em virtude da concessão. (...) Significa que a alienabilidade abrange, basicamente, as parcelas da receita caracterizáveis como lucro. (Concessões de Serviços Públicos – Dialética – pp. 291/292).

14. Assim, a "renda", a que alude o art. 863 do Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), deve ser entendida como o "lucro" proporcionado pelo Contrato de Concessão, única parcela que poderá ser penhorada para assegurar o pagamento do eventual inadimplemento das operações aqui referidas.

15. Quanto à anuência reclamada pelo Contrato, trata-se, na realidade, de assegurar o acompanhamento da gestão da Concessão, como explicitado pelo mesmo MARÇAL JUSTEN FILHO:

O concessionário está obrigado a realizar os investimentos previstos contratualmente e sua gestão deve ser acompanhada pelo poder concedente. Por isso, todas as operações relevantes, que possam comprometer significativamente o patrimônio ou as expectativas de receita do concessionário, deverão ser previamente comunicadas ao poder concedente. Não se trata, propriamente, de obter a concordância prévia do Estado para a prática de tais atos. O objetivo é o acompanhamento pelo poder concedente da evolução dos serviços concedidos e da manutenção da idoneidade do concessionário. (op. cit. p. 292 usque 293)

16. Note-se que não cabe à ANTT esmiuçar cada detalhe da operação pretendida e adentrar na aferição de regularidade de atos sujeitos à fiscalização da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, do Banco Central do Brasil – BC ou mesmo do Ministério da Fazenda (via Receita Federal ou Secretaria do Tesouro Nacional). A razão de ser da intervenção da Agência é fiscalizar se a operação pretendida, caso se consume, tem a potencialidade de "comprometer a operacionalização e a continuidade na prestação do serviço" (art. 28 da Lei nº 8.987/95).

(...)

17. Não é demais lembrar que a ANTT não integrará as diversas relações contratuais constituídas pela Concessionária e sua controladora, motivo pelo qual também não estará sujeita aos efeitos jurídico-contratuais dela decorrentes (por exemplo, no que se refere à cláusula de eleição de foro).

18. Assim, o foco da atuação desta Procuradoria no caso dos autos deve ser a elaboração de recomendações no sentido de conferir proteção jurídica à Concessão, e não adentrar em discussões acerca de como os demais órgãos de fiscalização vão interpretar determinado negócio jurídico (por exemplo, relativo ao preenchimento dos requisitos para emissão da NCE). Uma análise desta magnitude, mormente em uma operação tão complexa como a dos autos, implicaria na necessidade de que fosse conferido ao órgão jurídico meses, senão anos para análise detida de cada passo que a Concessionária e seus Controladores pretendem tomar para a obtenção do financiamento. Essa análise morosa parece incompatível com as próprias finalidades de uma Agência de Regulação Econômica, da qual se espera celeridade própria da dinâmica do mercado.

19. Partindo dessas premissas que traduzem a própria esfera de competências da Agência, que deve atuar fundamentalmente para garantir a continuidade e a qualidade do serviço, faz-se necessário consignar mais uma vez que a área técnica foi firme no sentido de que, observadas algumas condicionantes, não vislumbraria óbice ao deferimento do pleito.

20. Sob a ótica jurídica, o fato de o inciso V da Cláusula Segunda (citada acima) restringir a possibilidade de oferecimento de garantia somente aos "contratos de financiamento destinados a prover a recuperação, a conservação, a ampliação ou a modernização das FERROVIAS" não parece constituir empecilho à operação pretendida. Ora, a captação de recursos é fundamental para qualquer projeto de Concessão e, acima de tudo, para prestação de um serviço adequado. Nesse sentido, pertinente transcrever os esclarecimentos da área técnica:

4.11. Contudo, as hipóteses de destinação do recurso elencadas não podem, nem de longe, elucidar as inúmeras atividades que demandam recursos para a adequada prestação do serviço, como por exemplo, a aquisição de estoques destinados à manutenção de máquinas e equipamentos, realização de treinamentos, contratação de seguros e reforço de caixa operacional.

4.12. Na verdade, todos os recursos alocados na concessionária devem ter por finalidade direta ou indireta, a prestação o serviço público, objeto do contrato de concessão. Nesse sentido, faço distinção entre atividades diretas e indiretas, para segregar aquelas atividades vinculadas à área fim, relacionadas ao sistema ferroviário e material rodante, daquelas vinculadas à área meio, tais como vendas, gestão da qualidade, gestão de pessoas, gestão do patrimônio e gestão financeira, sendo certo que ambas as atividades são igualmente relevantes para a efetividade da prestação do serviço público.

21. Também não se vislumbra incompatibilidade da operação tratada nos autos com o Parecer nº 02084/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, desde que observadas algumas cautelas delineadas mais adiante. De fato, deve ser vedada a possibilidade que concessionária figure como garantidora de terceiros. Essa deve ser a regra. Entretanto, no caso dos

autos, o terceiro figura como mera pessoa jurídica interposta necessária à viabilização de um negócio que, em última análise, beneficiará a Concessionária garantidora e a própria concessão.

22. *Por fim, no que tange à minuta de resolução proposta, cabe fazer algumas sugestões, sempre com o objeto de proteção jurídica da concessão:*
(...)

23. *Diante do exposto, observadas as cautelas apontadas pela GEAFI/SUFER, as recomendações contidas no item 22 acima e abstraídas questões de ordem técnica, mormente no que se refere à avaliação de riscos da operação pretendida, manifesta este órgão jurídico favoravelmente ao pleito da concessionária.*
(...)." (sic)

No que tange às sugestões feitas pela PF/ANTT no item 22 do supracitado parecer jurídico, referentes à redação do ato normativo que ora pretende-se aprovar, verifico juntada às fls. 1349/1349v. minuta de Resolução que atende à análise jurídica, que anexarei ao presente Voto DSL como versão a ser considerada.

III – DA ANÁLISE PROCESSUAL

Inicialmente, destaca-se a competência desta Agência Reguladora para apreciar a matéria, conforme consignado no art. 22, inciso I e II; no art. 24, inciso V; e no art. 25, inciso II, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que, dentre outras providências, criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, *ipsis litteris*:

Art. 22. Constituem a esfera de atuação da ANTT:

I – o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação;

II – a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes;

(...)

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

V – editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

(...)

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

(...)

II – administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24;

No que tange à matéria ora sob análise, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que “*Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*”, destaca-se o disposto no art. 28 e no art. 31, inciso VIII, daquele diploma legal, a saber:

Art. 28. Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.
(...)

Art. 31. Incumbe à concessionária:
(...)

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Ademais, cumpre destacar o estabelecido no Contrato de Concessão celebrado junto à FERRONORTE (atual ALLMN), referente à matéria em cotejo, *in verbis*:

CLÁUSULA SEGUNDA – Dos Direitos Inerentes à Concessão
(...)

V – dar, em garantia de eventuais contratos de financiamentos destinados a prover a construção, a recuperação, a conservação, a ampliação ou a modernização das FERROVIAS, os direitos emergentes da Concessão até o limite que não comprometa a continuidade da prestação do serviço, dependendo de autorização prévia da ANTT.
(...)

CLÁUSULA TERCEIRA – Das Obrigações da Concessionária:
(...)

I – compromete-se a FERRONORTE a suportar todas as despesas decorrentes da Concessão, com recursos financeiros próprios, ou captados por qualquer forma no mercado, interno ou externo.

Nesse sentido, da interpretação dos dispositivos legais supracitados, bem como do instrumento contratual, tem-se que constitui ônus e prerrogativa da Concessionária buscar o financiamento que entender necessário para desempenhar suas obrigações, especialmente no que se refere à prestação de um serviço adequado.

Além disso, pode-se concluir que as operações financeiras pretendidas são de exclusiva responsabilidade da Concessionária, sem que possa derivar da anuência da ANTT qualquer obrigação subsidiária ou solidária pelo pagamento das dívidas que pretende-se contrair, como bem asseverou a PF/ANTT.

Assim, fundamentado na legislação supracitada, no que consta no Contrato de Concessão, e nas manifestações técnicas e jurídicas presentes nos autos, adotando-se a minuta de Resolução proposta pela PF/ANTT (fls. 1349/1349v.), esta DSL propõe autorizar a empresa América Latina Logística Malha Norte (“Concessionária”) a dar em garantia os direitos emergentes da concessão com vistas a assegurar o pagamento dos Títulos emitidos pela Rumo Luxembourg Sarl (“Emitente”), em decorrência da Escritura de Emissão datada de 09 de fevereiro de 2017, celebrado entre a Rumo Luxembourg Sarl, a Rumo S/A e o Deutsche Bank Trust Company Americas (“Fiduciário”).



III – DA PROPOSIÇÃO FINAL

Com estas considerações, fundamentado na legislação supracitada, no que consta no Contrato de Concessão, e nas manifestações técnicas e jurídicas presentes nos autos, adotando-se a minuta de Resolução proposta pela PF/ANTT (fls. 1349/1349v.), VOTO por autorizar a empresa América Latina Logística Malha Norte (“Concessionária”) a dar em garantia os direitos emergentes da concessão com vistas a assegurar o pagamento dos Títulos emitidos pela Rumo Luxembourg Sarl (“Emitente”), em decorrência da Escritura de Emissão datada de 09 de fevereiro de 2017, celebrado entre a Rumo Luxembourg Sarl, a Rumo S/A e o Deutsche Bank Trust Company Americas (“Fiduciário”).


Brasília-DF, 16 de março de 2017.


SÉRGIO DE ASSIS LOBO
Diretor

À Secretaria-Geral (*SEGER*), para prosseguimento.

Em, 16 de março de 2017.

Ass:


FELIPE R. DA CUNHA ANDRADE
Matrícula 1841376
CGE IV
Diretoria Sérgio Lobo - DSL