



RELATORIA: DEB

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 292/2018

OBJETO: TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO CELEBRADO COM A ESTRADA DE FERRO CARAJÁS - DIREITO DE PASSAGEM A SER EXERCIDO PELA FUTURA SUBCONCESSIONÁRIA DA FERROVIA NORTE-SUL TRAMO CENTRAL.

ORIGEM: SUFER

PROCESSO (S): 50500.223186/2015-03

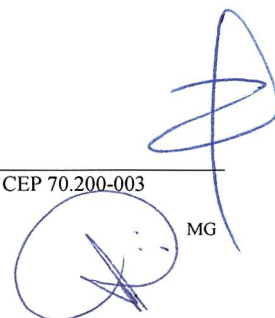
PROPOSIÇÃO PRG: PARECER n. 01645/2018/PF-ANTT/PGF/AGU

PROPOSIÇÃO DEB: FIRMAR O TERMO ADITIVO.

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

I - DAS PRELIMINARES

Trata-se de Proposta de Deliberação da Diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, oriunda da Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas – SUFER, que estabelece seja firmado, de modo unilateral, Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Estrada de Ferro Carajás S.A., que passará a regular o exercício de direito de passagem pela futura Subconcessionária da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC) na malha ferroviária concedida à EFC.



II – DOS FATOS

Os autos do processo 50500.223186/2015-03 foram inaugurados com a juntada do ofício 094/2015/SUFER, acostado às fls. 02/04, que deu início às tratativas para definição das regras de acesso à malha concedida para a Concessionária Estrada de Ferro Carajás S.A, bem como da tarifa do respectivo direito de passagem, tendo em vista o intento de subconceder a Ferrovia Norte-Sul, trecho Palmas (TO) – Estrela D'Oeste, para a exploração do setor privado, mediante a realização de leilão.

Nestes termos, a subconcessão da infraestrutura ferroviária da EF-151, mais conhecida como Ferrovia Norte-Sul Tramo Central, a qual está sendo construída pela concessionária VALEC, foi submetida ao processo de controle e participação social, por meio da Audiência Pública nº 007/2017.

Na proposta original submetida à audiência buscou-se definir o valor exato da tarifa de direito de passagem em R\$/ton (reais por tonelada útil transportada). Após análise das contribuições advindas do processo de participação social, em dezembro de 2017, foi editado o Relatório da Audiência Pública, por meio do qual entendeu-se que não se mostrava adequado definir exatamente a tarifa de direito de passagem, sem estabelecer, concomitantemente, um conjunto de outras questões comerciais.

Assim, foi proposto o estabelecimento de um teto tarifário para o direito de passagem, com o objetivo de indicar que as relações comerciais serão resolvidas entre as partes, especialmente no que se refere ao prazo, volume e tamanho do trem-tipo. Ao regulador, caberá estabelecer o valor de referência, bem como mediar os conflitos.

Em resumo, a Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas – SUFER, após analisar as contribuições advindas da mencionada Audiência Pública, decidiu estabelecer o limite tarifário máximo a ser exigido pelo exercício do Direito de Passagem por meio de Termos Aditivos aos contratos de concessão das ferrovias adjacentes à FNSTC.

Isto porque, a ferrovia em questão, apesar de se mostrar como importante corredor logístico para o escoamento de carga para o país, necessitará passar pela malha ferroviária concedida a outras sociedades empresárias para poder chegar aos portos e escoar a carga transportada.

Neste rumo, a ANTT optou por realizar Termos Aditivos prévios com as concessionárias adjacentes à FNSTC, estabelecendo diretrizes para o exercício do direito de passagem pelos primeiros 05 (cinco) anos da subconcessão, de modo a conferir maior segurança jurídica ao futuro subconcessionário e, por conseguinte, maior atratividade ao certame.

Desta forma, após análise dos valores apresentados pela concessionária Estrada de Ferro Carajás – EFC para tarifa-teto pelo direito de passagem da futura subconcessionária da Ferrovia Norte-Sul – Tramo Central, a Nota nº 035/2018/GEAFI/SUFER (fls. 77/85) e o Despacho nº 182/2018/GEAFI/SUFER/ANTT (fls. 116/117) assentaram a respectiva metodologia e definiram o valor de R\$ 9,54 (nove reais e cinquenta e quatro centavos) a ser aplicada à futura subconcessionária da FNSTC para exercício do direito de passagem.

Nesse contexto, em atenção à diretriz de estabelecimento de uma tarifa teto e a consecução do interesse público na espécie, foi proposta à EFC a minuta de termo aditivo contratual acostada às fls. 121/125.

Nada obstante, a Estrada de Ferro Carajás S.A. não concordou com os termos propostos pela ANTT na referida minuta, conforme se extrai da Carta nº 292/GEARG/18, de 28 de agosto de 2018, acostada às fls. 127/129 dos autos, razão pela qual, após a percuente análise dos fatos operada pela SUFER por meio da NOTA TÉCNICA Nº 15/2018 (fls. 133/140), propôs-se a alteração unilateral do contrato pela Administração.

E, assim, juntou-se aos autos a minuta de Termo Aditivo (fls. 141/143) e respectivo Anexo (fls. 144/145), para consideração superior.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Federal Junto à ANTT promoveu a análise jurídica solicitada, vazada por meio do Parecer nº 01645/2018/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 147/150.), onde se concluiu pela possibilidade jurídica da proposta da SUFER.

Ato contínuo, por meio do Despacho nº 576/2018, de 12/09/2018 (fl. 154), a SUFER promoveu a atualização da tabela dos volumes assegurados, inserida no Anexo do Termo Aditivo, para excluir o ano de 2018 e incluir o ano de 2023, e apresentou os valores conforme demonstrado no quadro a seguir:

Tabela: Volumes assegurados

Descrição	Unidade	2019	2020	2021	2022	2023
Direito de passagem da FNS na malha da EFC	TU 10 ⁶	0,48	0,62	0,78	0,94	1,12
Pares de trens/dia	Unid	0,20	0,26	0,33	0,40	0,48

À vista disso, aquela superintendência juntou aos presentes autos o Relatório à Diretoria (fls. 156/160) e as minutas do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão (fls. 161/163), do respectivo Anexo (fls. 164/165) e minuta de Deliberação (fls. 166), e os encaminhou à consideração da Diretoria Colegiada.

Aos 25 de setembro de 2018, os autos foram distribuídos à esta Diretoria, nos termos do Despacho nº 2.582/2018 (fls. 168), oriundo da Secretaria-Geral.

Na sequência, após a provocação de fls. 169, foram juntados aos autos novas minutas de Aditivo (fls. 172/174), Anexo (175/176) e Deliberação (fls. 177), devidamente adaptados aos necessários ajustes formais indicados às fls. 169 e 171.

III – DA ANÁLISE PROCESSUAL

A Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, estabelece que cabe à ANTT:

“Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

(...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.”

No que diz respeito à atuação da ANTT na regulação do Tráfego Mútuo e do Direito de Passagem, a Lei nº 10.233/2001 prevê:

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

(...)

V – regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes; ”

Nesse sentido, a Resolução ANTT nº 3.695/2011, que disciplina os procedimentos relativos ao compartilhamento de infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais visando à integração operacional do Subsistema Ferroviário Nacional, assim regulamenta o Tráfego Mútuo e o Direito de Passagem:

“Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:

(...)

VI - direito de passagem: a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço;

(...)

IX - tráfego mútuo: a operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas;

(...)

DIRETORIA ELISABETH BRAGA - DEB
GABINETE DA DIRETORA RELATORA

Art. 3º O compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais dar-se-á mediante tráfego mútuo ou, na sua impossibilidade, mediante direito de passagem.

§ 1º O compartilhamento, na modalidade de direito de passagem, poderá ser feito de forma a garantir que uma concessionária possa receber ou entregar cargas na malha de outra concessionária.

§ 2º A impossibilidade mencionada no caput poderá ser caracterizada quando houver desacordo comercial entre as partes ou quando as características operacionais inerentes ao tráfego mútuo comprometam o atendimento eficiente da necessidade de transporte do usuário.

§ 3º É vedado o compartilhamento, de que trata o caput, entre concessionárias quando o início e o encerramento da prestação do serviço ocorrer na malha da cedente.

(...)

CAPÍTULO III

DOS CONTRATOS OPERACIONAIS ESPECÍFICOS

Art. 6º O compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais será regido por este Regulamento e pelo Contrato Operacional Específico - COE a ser firmado entre requerente e cedente.

(...)

CAPÍTULO VII

DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Art. 14. Na existência de conflito quanto às questões associadas aos investimentos para expansão da capacidade, compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais, as concessionárias ou os usuários de transporte de cargas que se sentirem prejudicados poderão requerer a atuação da ANTT para resolução da questão, em especial:

I - na impossibilidade de acordo comercial entre cedente e requerente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais;

II - na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao valor dos investimentos de expansão de capacidade ou da tarifa de direito de passagem ou tráfego mútuo;

III - na impossibilidade de acordo quanto à comercialização, por parte da cedente, da capacidade ociosa decorrente de investimentos suportados pela requerente e não utilizada por ela;

IV - caso as exigências técnico-operacionais da cedente para o compartilhamento de infraestrutura e/ou de recursos operacionais sejam consideradas abusivas pela requerente; ou

V - na impossibilidade de acordo entre as partes quanto ao estabelecimento e cumprimento dos cronogramas de execução das obras de investimento para expansão da capacidade.”

A SUFER, após analisar as manifestações e propostas apresentadas pela Concessionária, se manifestou nos termos da Nota Técnica nº 015/2018/COPAC/SUFER (fls. 133/140), conforme se verifica:

“27. Imperioso enaltecer, que a FNSTC tem forte dependência das malhas ferroviárias vizinhas, o que necessita, consequentemente, de acordos operacionais/comerciais sólidos, e de mecanismos regulatórios efetivos, com vistas a minimizar possíveis conflitos na celebração do COE.

28. Nesse contexto, para o sucesso da concessão, é necessário realmente garantir o exercício de passagem, de modo que a demanda projetada para a ferrovia possa de fato ser concretizada.

29. Dessa forma, a celebração de aditivos consensuais previamente a realização da Licitação, trará maior credibilidade ao certame, na medida em que existirá um compromisso de compartilhamento de infraestrutura a ser assumido pelas concessionárias adjacentes, que dará maior segurança jurídica nas relações comerciais.

III.1. Do Termo Aditivo

30. Diante dos fatos narrados, visando fortalecer a relação negocial entre as concessionárias e buscando mitigar possíveis entraves contratuais, foi proposto, no âmbito da Audiência Pública supracitada, por intermédio da Nota Técnica nº 09/2017/SUFER/ANTT, a celebração de Termo Aditivo aos contratos de concessão das Empresas citadas no item 12 acima.

(...)

33. Após análise das contribuições advindas do processo de participação social, a ANTT reviu aquele entendimento para, em vez definir o valor exato da tarifa de direito de passagem, optou-se pela definição de limites tarifários máximos.

DIRETORIA ELISABETH BRAGA - DEB
GABINETE DA DIRETORA RELATORA

34. Tal proposta está aderente ao marco regulatório vigente, que estabelece a livre negociação entre as partes como princípio nas relações comerciais entre as concessionárias no tráfego mútuo ou direito de passagem.

35. Nesse horizonte, em um contexto de assimetria de informações entre Poder Concedente e concessionárias, a definição exata da tarifa poderia tender a distorções, bem como não se revelou conveniente interceder diretamente na relação entre particulares, estabelecendo a obrigação de as partes celebrarem instrumento contratual com cláusula de demanda firme.

(...)

37. Não obstante, tal solução se revela oportuna, na medida em que a ANTT possui um amplo conjunto de dados que permitem diminuir a assimetria de informações, podendo-se utilizar de tais subsídios nas negociações com as concessionárias, visando o compartilhamento de infraestrutura ou de recursos operacionais, para acesso da FNSTC aos portos de Santos e Itaquí.

38. De fato, a regra que se impõe é que, após celebrado o contrato de concessão, não deve mais a Administração promover-lhe alterações, salvo se assim o exigir o interesse público. Trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

39. Contudo, não se pode impedir o dirigismo contratual, escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que diminuam a atuação regulatória, e cujo excessivo rigor possa afastar ganhos operacionais significativos, ou que o transmute de um instrumento de defesa do interesse público em um conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, não objetiva a Administração.

40. Nesse sentido, poderão ser realizadas no contrato de concessão alterações que produzam menor lesão aos interesses coletivos e individuais envolvidos e que assegurem maior adequação possível dos serviços concedidos, embora impactem nas condições contempladas na licitação.

41. Oportuno registrar que, a mutabilidade do contrato em muitos casos é uma consequência imposta pelas finalidades do interesse público, uma vez que será um meio para se lograr uma maior eficiência do serviço público, devendo, no entanto, manter intacto o objeto do contrato e o seu equilíbrio econômico-financeiro.

42. Nesse contexto, e considerando a diretriz de estabelecimento de uma tarifa teto, foi proposta uma nova minuta de Termo Aditivo, conforme se afere às fls. 107/111, a qual a EFC manifestou sua concordância, ressaltando que as condições operacionais relativas ao direito de passagem deveriam ser negociadas posteriormente entre as partes, conforme se afere da Carta nº 277/GEARG/18, acostada à fl. 100.

43. Contudo, a ANTT entendeu que a metodologia para o cálculo da tarifa de direito de passagem deveria ser ajustada, de modo a considerar a mesma relação EBIT/ROL referente à modelagem econômico-financeira aplicada no âmbito das Audiências Públicas 008 e 009 de 2018, por se tratar de medida mais adequada para fins regulatórios.

44. Após o ajuste realizado pela ANTT da metodologia para o cálculo de tarifa de direito de passagem, a concessionária EFC não concordou com os termos apresentados e realizou críticas à metodologia adotada, conforme Carta nº 292/GEARG/18 (fls. 127/129).

(...)

51. Neste sentido, o resultado da metodologia apontou uma tarifa-teto de Direito de Passagem de R\$ 9,54/t, 10,8% superior, portanto, à tarifa de mercado comumente praticada no ano de 2016, de R\$ 8,61/t. Vale ressaltar que a tarifa estipulada foi calculada com base nos preços praticados em 2016, a qual será corrigida no tempo nos marcos que constarem o futuro Termo Aditivo

(...)

IV. CONCLUSÃO E PROPOSIÇÃO

60. Diante da regularidade dos procedimentos adotados por esta Autarquia na condução do presente processo, bem como em função das razões acima expostas, recomendo:

- a) O não acolhimento das alterações propostas no aditivo contratual; e
- b) A manutenção da metodologia aplicada pela Nota nº 035/2018/GEAFI/SUFER (fls. 77/85) e Despacho nº 182/2018/GEAFI/SUFER/ANTT (fls. 116/117), pela qual definiu o valor de R\$ 9,54 (nove reais e cinquenta e quatro centavos) a ser aplicada pela EFC à futura subconcessionária da FNSTC para exercício do direito de passagem.

61. Oportuno enaltecer, que a proposta apresentada pela ANTT busca a celebração de aditivos consensuais previamente a realização da Licitação.

62. Entretanto, pode a Administração Pública compelir de forma unilateral a alteração contratual, com o escopo de adequação às finalidades de interesse público.

63. Neste diapasão, submeto à apreciação desta Superintendência minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da EFC, propondo a alteração de forma unilateral pela Administração Pública.

64. Sobre a questão suso, imperioso registrar que foram respeitadas todas as condições do contrato de concessão da EFC, não havendo necessidade, portanto, de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, estando em perfeita consonância com os ditames da Lei nº 8.987/95.

DIRETORIA ELISABETH BRAGA - DEB
GABINETE DA DIRETORA RELATORA

65. Em virtude do tema abranger questões de natureza jurídica, recomendo o envio dos autos à Procuradoria Federal junto a esta ANTT para que aquela unidade possa se manifestar sobre o assunto (...). ”

Por seu turno, conforme já noticiado, a Procuradoria Federal Junto à ANTT analisou a proposta da SUFER por meio do Parecer nº 01645/2018/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 147/150) e concluiu pela viabilidade jurídica da proposição, inclusive no que toca à alteração unilateral do contrato de concessão, bem como da minuta de Termo Aditivo e de seu Anexo, como se vê:

“25. Assim, a proposta da Nota Técnica COPAC/SUFER n. 015/2018 (fls. 133/140) visa reforçar o direito de passagem e o tráfego mútuo, nos termos do artigo 25, inciso V, da Lei n. 10.233/01, mantendo-se a aplicação da Resolução ANTT n. 3.695/11 quanto aos demais aspectos a serem observados nos Contratos Operacionais Específicos - COE's.

26. Nesse ponto, resta reforçada a competência da ANTT de dirimir eventuais conflitos entre as concessionárias, nos termos do artigo 14 da Resolução ANTT n. 3.695/11:

(...)

27. Quanto ao Anexo da minuta de Termo Aditivo (fls. 144/145), observa-se que seu objeto é o estabelecimento de diretrizes operacionais e comerciais, com base nas informações e análises técnicas constantes dos ofícios e cartas mencionadas no relatório supra.

28. Assim, o que se busca é maior eficiência no transporte ferroviário e a viabilidade da operação da Ferrovia Norte-Sul, trecho Porto Nacional/TO - Estrela D'Oeste/SP

(...)

30. Desse modo, a minuta de Termo Aditivo (fls. 141/143) e seu respectivo anexo (fls. 144/145), visam "fortalecer a relação negocial entre as concessionárias" e busca "mitigar possíveis entraves contratuais" (cf. Nota Técnica COPAC/SUFER n. 015/2018 (fls. 133/140)), por conta da alta dependência da Ferrovia Norte-Sul, trecho Porto Nacional/TO - Estrela D'Oeste/SP das malhas ferroviárias vizinhas, sendo definidos limites tarifários máximos em lugar da cláusula take or pay, como resultado das propostas submetidas à Audiência Pública n. 007/2017.

31. Assim, restam reforçados os preceitos da Resolução ANTT n. 3.695/11, especialmente os seus artigos 14 e 15, que visam evitar o estabelecimento de tarifas e condições abusivas através de mecanismos de arbitragem pela ANTT, garantindo o direito de passagem e de tráfego mútuo entre as partes e atendendo o interesse público.

32. Quanto à possibilidade de alteração unilateral do contrato, prevê o Contrato de Concessão:

CLÁUSULA VIGÉSIMA - DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL

Este contrato poderá sofrer alterações nos termos previstos nos artigos 57, 58 e 65 da Lei 8.666/93.

33. Nesse ponto, prevê o artigo 58 da Lei n. 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

34. De acordo com o artigo 58, inciso I, da Lei n. 8.666/93, é possível a modificação unilateral do contrato para sua adequação às finalidades de interesse público, representadas, no presente caso, pela garantia ao direito de passagem e tráfego mútuo através da fixação de tarifas máximas e de parâmetros técnicos como forma de se evitar abuso por parte da concessionária que dispõe da infraestrutura ferroviária, em virtude da alta dependência da Ferrovia Norte-Sul, trecho Porto Nacional/TO - Estrela D'Oeste/SP das malhas ferroviárias vizinhas.

III - CONCLUSÃO

35. Diante do exposto, s.m.j. **verifica-se a viabilidade jurídica da proposta a Nota Técnica COPAC/SUFER n. 15/2018 (fls. 133/140) e da minuta de Termo Aditivo (fls. 141/143) e seu anexo (fls. 144/145), inclusive quanto à alteração unilateral do Contrato de Concessão visando sua adequação ao interesse público.**

Diante do exposto, e considerando as manifestações técnicas e jurídicas citadas, cujos argumentos ora são adotados e passam a integrar este ato¹, esta Diretoria entende presentes os elementos necessários para autorizar o aditamento, de modo unilateral, do contrato de subconcessão firmado com a Estrada de Ferro Carajás S.A.

IV – DA PROPOSIÇÃO FINAL

Com estas considerações, acolhendo os encaminhamentos propostos pelas áreas técnica e jurídica, **VOTO** por autorizar que seja firmado, de forma unilateral, Aditivo ao Contrato de Subconcessão celebrado com a Estrada de Ferro Carajás S.A., nos termos propostos pela SUFER nas minutas de Aditivo (fls. 172/174), Anexo (175/176) e Deliberação (fls. 177) .

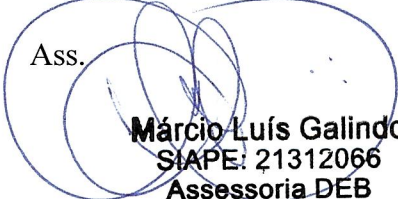
Brasília, 26 de setembro de 2018.



ELISABETH BRAGA
Diretora

ENCAMINHAMENTO: À **Secretaria-Geral (SEGER)**, com vistas ao prosseguimento do feito.

Em: 26 de setembro de 2018.



Ass.
Márcio Luís Galindo
SIAPE: 21312066
Assessoria DEB

¹ Lei nº 9.784, de 1999:

(...)

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. (destacou-se)