



RELATORIA: DSL

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 076/2018

OBJETO: CONCESSIONÁRIA VALE S/A. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. ART. 4º DA RESOLUÇÃO ANTT Nº 5.443, DE 6 DE OUTUBRO DE 2017.

ORIGEM: SUFER

PROCESSO(s): 50500.081543/2016-22 (APENSO 50500.338485/2016-14)

PROPOSIÇÃO PF/ANTT: PARECER Nº 00207/2018/PF-ANTT/PGF/AGU

PROPOSIÇÃO DSL: CONHECER O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO E, NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

I - DAS PRELIMINARES

Trata-se da análise do Pedido de Reconsideração interposto pela Concessionária Vale S/A, em face do disposto no art. 4º, da Resolução ANTT nº 5.443, de 6 de outubro de 2017, que “*Estabelece procedimentos relativos ao Plano Trienal de Investimentos - PTI das concessionárias que exploram infraestrutura de transporte ferroviário de cargas, define a aplicação de penalidades e dá outras providências*”.

II – DOS FATOS

Inicialmente, cumpre destacar que, nos autos do processo apenso 50500.338485/2016-14, após trâmite regular da matéria, conforme registrado na manifestação jurídica acostada às fls. 127/128 – PARECER N. 01867/2017/PF-ANTT/PGF/AGU, a Diretora Colegiada desta ANTT, consubstanciada no Voto DEB 144/2017 (fls. 139/142 do processo apenso), deliberou por “*Aprovar o Relatório Final da Audiência Pública nº 04/2017 e a Resolução que estabelece procedimentos relativos ao Plano Trienal de Investimentos - PTI das concessionárias que exploram infraestrutura de transporte ferroviário de cargas, define a aplicação de penalidades e dá outras providências.*”, nos termos da Deliberação ANTT nº 338, de 6 de outubro de 2017.

Assim, foi editada a Resolução ANTT nº 5.443, de 6 de outubro de 2017, devidamente publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2017 (fls. 148/151 e 153 do processo apenso), que dentre outras providências, determinou que o Plano Trienal de Investimentos – PTI das concessionárias deverá ser publicado anualmente, nos sítios eletrônicos desta Agência Reguladora e das Concessionárias, *in verbis*:

(...)

Art. 4º O PTI deverá ser publicado anualmente, nos sítios eletrônicos da ANTT e da concessionária, no primeiro dia útil do mês de dezembro do ano de sua apresentação, em versão simplificada, conforme o disposto em ato administrativo a ser expedido pela superintendência de processos organizacionais competente.

(...)

Em face do normativo supracitado, a Concessionária Vale S/A interpôs Pedido de Reconsideração (fls. 241/244), complementado pela Carta nº 335/GEARG/17 (fls. 247/249v), requerendo a alteração do art. 4º, da Resolução ANTT nº 5.443, de 2017, “*para o fim de excluir a obrigação de publicar o extrato do PTI no sítio eletrônico da concessionária.*”.

Destaca-se, oportunamente, que nesse mesmo sentido a Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários – ANTF apresentou considerações sobre a publicação do PTI em sítios eletrônicos (fls. 236/238), declarando que os “*elementos disponibilizados apenas ensejariam uma visibilidade que poderiam incorrer em irretratabilidade frente aos atores de mercado envolvidos no desenvolvimento do negócio, tais como, fornecedores, agentes públicos, concorrentes acionistas e investidores.*”.

No que tange à manifestação da ANTF, foram exaradas as manifestações técnicas – Memorando nº 161/2017/GPFER/SUFER (fls. 251/251v.) e NOTA TÉCNICA Nº 002/2018/CORAN/GEROF/SUFER/ANTT (fls. 252/254), resultando na Decisão de fls. 263, da SUFER/ANTT, que dispôs:

“(...)

2. Dar provimento ao pedido de i) eliminação e reestruturação de classes constantes da Tabela 9, substituindo a Tabela constante do Anexo 3 – Instruções para publicação do DIP do Comunicado SUFER n.º 02/2017, visto que mantêm a possibilidade de dar publicidade ao PTI, de modo a subsidiar as ações de planejamento público no setor ferroviário e a prestação de informações ao mercado, bem como, com o nível de detalhamento proposto, as informações fornecidas pela Plano não comprometem as ações de mercado decorrentes e não trazem ônus aos Concessionários;

3. Dar provimento ao pedido de ii) eliminação da rubrica 8 – Capacitação, tanto no DIP – Tabela 9 quanto no DIR – Tabela 10, visto que se adequa à interpretação de que os dispêndios realizados pelas concessionárias em capacitação não são considerados como investimentos desde a vigência da Resolução ANTT n.º 3761/2011 que revogou, em seu art. 29, o Título X da Resolução ANTT n.º 44, de 04 de julho de 2002.

(...)” (sic)

No que se refere ao Pedido de Reconsideração da Concessionária Vale S/A, a SUFER exarou o Relatório à Diretoria n.º 02/2018/SUFER, de 17 de janeiro de 2018 (fls. 256/259), sugerindo, ao final, o conhecimento do aludido recurso para, no mérito, negar-lhe provimento, *ipsis littires*:

“(...)

20. Verifica-se, portanto, que as informações publicizadas são apresentadas de forma macro, não havendo qualquer tipo de detalhamento em projetos, informações sobre sua localização, dentre outros. Exemplo: no caso da Classe 2 a concessionária poderá investir por meio da aquisição de material rodante novo, por meio de modificações e melhoramentos nos existentes ou por meio de contratações com terceiro (arrendamento mercantil ou alienação fiduciária), sem que se tenha maiores informações sobre quantitativos.

21. Dessa forma, fica afastada qualquer possibilidade dessa divulgação causar prejuízos à concessionária no desenvolvimento de projetos. As informações prestadas são agregadas de tal forma que não tem o condão de impactar na formação de preços de insumos e produtos a serem adquiridos pelas concessionárias e, tampouco, de representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

22. Nesse sentido, não prospera a argumentação da Concessionária Vale de que a ANTT “ao editar norma que torna mandatória a divulgação de informações que deveriam estar restritas ao âmbito de suas análises regulatórias, determinando que a concessionária as publique em seus canais de comunicação, excede os limites impostos pela boa governança regulatória, que pressupõe, entre outras atribuições, a capacidade do regulador de adotar decisões que preservam o modelo de regulação por resultados, sem interferir na esfera de liberdade de gestão dos meios pelo agente econômico”.

23. *A publicidade do PTI, da forma preconizada pela Resolução ANTT n.º 5443 e pelo Comunicado SUFER n.º 02/2017 visa ampliar a participação e o controle social e corroborar com a governança e as boas práticas regulatórias.*

24. *Na construção da redação do dispositivo, esta Agência Reguladora buscou ponderar e harmonizar o interesse coletivo de controle social da prestação de um serviço público (art. 5º, inciso XXXIII; art. 37, § 3º e art. 216, § 2º da Constituição Federal) com os direitos privados das concessionárias (liberdade de iniciativa e de concorrência), que visam resguardar o exercício da atividade empresarial e, conseqüentemente, o êxito na prestação do serviço concedido.*

25. *Vale o registro de que a transparência e a publicidade são pilares da boa governança e qualidade regulatória. Nesse sentido, cita-se a RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO SOBRE POLÍTICA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA¹ da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE, que assim recomenda:*

Respeitar os princípios de um governo aberto, incluindo transparência e participação no processo regulatório para garantir que a regulação sirva ao interesse público e para que seja informado das necessidades legítimas dos interessados e das partes afetadas pela regulação. Isto inclui a oferta de canais efetivos (incluindo online), para que o público possa contribuir para o processo de preparação de propostas regulatórias e para a qualidade da análise técnica. Os governos devem assegurar que regulações sejam compreensíveis e claras e que as partes possam facilmente compreender seus direitos e obrigações.

26. *A Requerente segue sua linha argumentativa aduzindo que: “a publicização dos valores de investimentos previstos para o triênio, principalmente por se conformarem no âmbito de documento não vinculativo, pode gerar expectativa desnecessária ao mercado e aos fornecedores, por terem a sinalização de possíveis investimentos em determinadas áreas, subiriam os preços e onerariam os projetos a serem executados, podendo, inclusive, repercutir na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato”.*

27. *Contudo, compulsando-se as classes da Tabela 9 do Anexo 3 – do Comunicado SUFER n.º 02/2017, infere-se que o nível de agregação das informações a serem prestadas não permite aos stakeholders (investidores, fornecedores, concorrentes) inferências sobre planos estratégicos da Concessionária ou sobre sua atividade finalística (mineração) e, exatamente por ser indicativo (não vinculativo), não é suficiente para gerar expectativas legítimas.*

28. *As informações que a Concessionária Vale presta ao mercado, investidores e outros reguladores em sede de governança corporativa traz dados ainda mais detalhados que aqueles a serem fornecidos para o adimplemento com esta Agência Reguladora do plano trienal de investimentos. Exemplo: Relatório submetido à*

¹ OCDE. RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO SOBRE POLÍTICA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA, 2012. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>

*Comissão de Valores Mobiliários - CVM, com demonstrações financeiras (capital social, valores mobiliários, dentre outros)*².

29. *Ressalta-se, também, que o normativo anterior do PTI, Resolução ANTT n.º 3761/2011, determinava em seu art. 4.º, inciso VI que o PTI serviria de base para prestar informações ao mercado. Isso se daria por meio Índice de Avaliação de Desempenho – IAD, a ser divulgado pela ANTT, com vistas a incentivar a busca pela excelência no planejamento (art. 12, §2º). Não obstante, o dispositivo não logrou maior aplicabilidade prática conforme Análise de Impacto Regulatório do projeto, versão 1.1, não cumprindo adequadamente o papel de prestar informações ao mercado.*

30. *Isto posto, com suporte nos elementos técnicos declinados, entende-se que o Pedido de Reconsideração formulado pela Vale S.A, nos termos da Carta n.º 318 e aditado pela Carta n.º 335/GEARG/17 (de que o texto do art. 4.º da Resolução n.º 5443/2017, seja alterado para o fim de excluir a obrigação de publicar o extrato do PTI no sítio eletrônico da concessionária) deve ser conhecido e, no mérito, indeferido.” (sic)*

Instada a se manifestar, a Procuradoria Federal junto à ANTT – PF/ANTT, analisou os aspectos jurídicos atinentes ao caso ora em tela, concluindo em harmonia com a SUFER, sugerindo o conhecimento da peça recursal da Concessionária Vale S/A para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do PARECER N. 00207/2018/PF-ANTT/PGF/AGU (FLS. 264/266v.), a saber:

“(…)

8. *Com efeito, o Pedido de Reconsideração formulado pela Concessionária Vale S/A pode ser conhecido pela Diretoria da ANTT com fundamento no § 1º do art. 56, da Lei n. 9.784/1999.*

9. *No mérito, todavia, assiste inteira razão à SUFER/ANTT, sobretudo quando pondera pela necessidade se serem observadas as práticas de transparência e da publicidade da governança regulatória(…).*

10. *Por outro bordo, não se pode ignorar a obrigação constitucional de atendimento ao princípio da publicidade (art. 37 e seu § 1º, da Constituição Federal), extensível aos concessionários de serviços públicos, na qualidade de executores dos programas, obras e serviços públicos que lhes foram delegados. A este respeito, convém trazer à colação a orientação doutrinária abalizada de ARNOLD WALD quando proclama ser “forçoso reconhecer que o ato praticado pela concessionária, na realização de obra ou serviço público, não pode ser tido como ato de direito privado. Na medida em que são atos delegados do Poder Público, classificam-se como atos de autoridade.” (O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões – c/*

² <http://www.vale.com/brasil/PT/investors/information-market/annual-reports/Paginas/default.aspx>

Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald – Editora Revista dos Tribunais – p. 154)

(...)

12. Como se vê, o dispositivo impugnado não tratou da forma ou do conteúdo da publicação do PTI. Disse, apenas, que a publicação teria uma “versão simplificada” a ser estabelecida “em ato administrativo” expedido pela SUFER/ANTT. Assim, se equívoco houvesse quanto à publicação, especialmente sobre a extensão do seu conteúdo, como crítica a Concessionária, este seria do ato administrativo e não do dispositivo regulamentar que se pretende alterar.

13. Não obstante, a reconsideração pretendida consiste em alteração da Resolução, e não do ato administrativo dela derivado. Manifesta, portanto, a improriedade do pedido.

14. Mas não é só. Considerando que o Comunicado SUFER/ANTT N. 002/2017 (fls. 234) consiste no ato administrativo mencionado pelo art. 4º da Resolução ANTT n. 5443/2017; considerando que este Comunicado, por força da Decisão de fls. 255, sofreu alteração para o fim de acolher a alternativa de publicação do PTI oferecida pela ANTF; considerando que em nenhum momento o Comunicado SUFER/ANTT N. 002/2017 foi objeto de crítica pela Concessionária; é possível também entender que as alegações da Concessionária não procedem, sobretudo porque:

“... as informações publicizadas são apresentadas de forma macro, não havendo qualquer tipo de detalhamento em projetos, informações sobre sua localização, dentre outros... fica afastada qualquer possibilidade dessa divulgação causar prejuízos à concessionária no desenvolvimento de projetos. As informações prestadas são agregadas de tal forma que não tem o condão de impactar na formação de preços de insumos e produtos a serem adquiridos pelas concessionárias e, tampouco, de representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.” (itens 20 e 21 do RELATÓRIO A DIRETORIA Nº 02/2018/SUFER – fls. 256/259v.)

15. Concluindo, oriento no sentido de que o Pedido de reconsideração formulado pela Concessionária Vale S/A deve ser indeferido.” (sic - grifei)

Nesse sentido, pelo o que consta nos autos e fundamentado integralmente nas manifestações técnicas e jurídicas, esta DSL entende pelo conhecimento do Pedido de Reconsideração interposto pela Concessionária Vale S/A, para, no mérito, negar-lhe provimento.

IV – DA PROPOSIÇÃO FINAL

Com estas considerações, pelo o que consta nos autos, fundamentado nas manifestações técnicas e jurídicas, VOTO por conhecer o Pedido de Reconsideração interposto pela Concessionária Vale S/A, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se os termos do art. 4º da Resolução nº 5.443, de 6 de outubro de 2017.

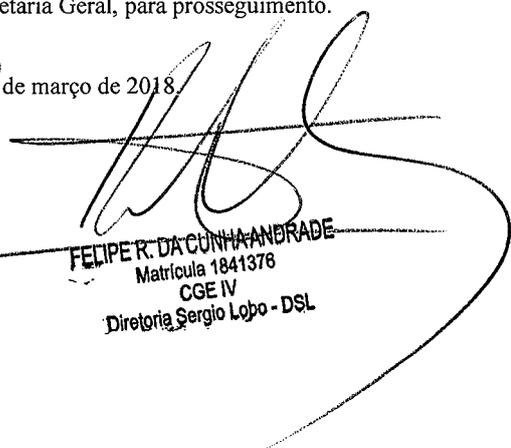
Brasília, 08 de março de 2018.


SÉRGIO DE ASSIS LOBO
Diretor

À Secretaria Geral, para prosseguimento.

Em, 08 de março de 2018.

Ass:


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