AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO

RELATORIA: DIRETOR WEBER CILONI - DWE.
TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA.
NÚMERO: 253/2019
OBJETO: VALE - S/A - ESTRADA DE FERRO CARAJÁS - EFC. CONTRATO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE ABERTURA DE CRÉDITO COM A FINAME. ANUÊNCIA PRÉVIA PARA CONSTITUIÇÃO DE GARANTIA REAL.
ORIGEM: SUFER.
PROCESSO (S): 50500.336912/2019-72.
PROPOSIÇÃO PF/ANTT: PARECER N. 01319/2019/PF-ANTT/PGF/AGU.
PROPOSIÇÃO DWE: PELO DEFERIMENTO DO PLEITO.
ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA.

---

1. DAS PRELIMINARES

Trata-se de pedido de anuência prévia formulado pela Vale S/A - Concessionária da Estrada de Ferro Carajás para firmar contrato de constituição de garantia real, com a prestação de garantia de 368 (trezentos e sessenta e oito) vagões GDU elencados, em contrato de financiamento com a Agência Especial de Financiamento Industrial - FINAME, no valor de R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), nos termos da Carta nº 217/GEARG/19 (0506737).

2. DOS FATOS

Pelo o que consta nos autos, para a liberação inicial de um montante de R$ 100.517.744,46 (cem milhões, quinhentos e dezessete mil setecentos e quarenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), a Vale S/A apresentará à FINAME, como garantia real, os vagões listados no documento SEI nº0648363. Por serem bens vinculados à prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas, em respeito ao previsto na Cláusula Décima, inciso III, do Contrato de Concessão, deverá haver anuência do ente regulador.

Em primeira análise, a Coordenação de Regulação Econômica - COREC, da Gerência de Fiscalização Econômica-Financeira, da Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas - SUFER, proferiu o Despacho SEI nº0648184, solicitando à Gerência de Controle e Fiscalização de Infraestrutura e Serviços - GEFOR manifestação no que tange à possibilidade da citada dação em garantia prejudicar as operações da concessionária.

Em resposta, foram proferidos os Despachos COFERCE nº0671214 e GECOF nº 0673187 que concluíram nos seguintes termos:

> *"Em atendimento à solicitação encaminhada por meio do Despacho COREC 0648184, esta GECOF manifesta-se favorável à utilização de 368 vagões pela EFC para obtenção de financiamento, posto que esse quantitativo corresponde a cerca de apenas 1,83% da frota própria total e a 2,03% do total de vagões utilizados.*
>
> *Observe-se, também, que se considerado o percentual de 5,07% de imobilização, verificamos que o quantitativo a ser dado em garantia é quase o triplo do quantitativo imobilizado.*
>
> *Por fim, verificamos que os números apresentados para o mês de maio não são muito diferentes dos meses anteriores do ano corrente, o que nos fornece elementos seguros para realizar esses cálculos com base neste mês.*
>
> *Concluindo, com base na análise feita pela COFERCE e manifestada no Despacho COFERCE 0671214, esta GECOF entende, solidariamente que, do ponto de vista operacional, de acordo com os dados que dispomos no momento e dentro do contexto que nos foi apresentado, **a dação em garantia de 368 vagões da EFC não afeta a operação da Concessionária**." (sic -grifei)*

Ato contínuo, foi exarada a NOTA TÉCNICA SEI Nº 2588/2019/COREC/GEAFI/SUFER/DIR (1028414), que concluiu pela viabilidade da concessão de anuência à Vale S/A para que formalize a dação em garantia real dos aludidos 368 vagões junto à FINAME, destacando o que segue:

> *"(...)*
>
> *4.5. Por se tratar de contrato de "cobertura ampla", cuja destinação não será obrigatoriamente vinculada ao transporte ferroviário de cargas, torna-se imperioso que para a utilização das demais parcelas restantes do crédito de R$ 400,00 milhões, **sempre que forem oferecidos "bens da concessão"** como garantia nos termos do Inciso III da Cláusula Décima **a Vale S/A deverá, obrigatoriamente, submeter à ANTT os respectivos pedidos de anuência** Tal obrigação é aderente ao que estabelece o Inciso III da Cláusula Décima do Contrato de Concessão: "é direito da concessionária dar em garantia, mediante prévia autorização da concedente, bens de sua propriedade vinculados ao transporte ferroviário, até o limite que não comprometa a continuidade da prestação do serviço".*
>
> *4.6. Quanto à análise de comprometimento à continuidade da prestação do serviço, tem-se como balizador eventual impacto à prestação do serviço que a execução da garantia poderia proporcionar, na hipótese de liquidação antecipado da divida, que se dá nos termos da Cláusula Décima Oitava.*
>
> *4.7. Considerando que a garantia será constituída mediante o oferecimento de material rodante, diferentemente dos casos em que são oferecidos recebíveis dos contratos de transporte ferroviário de cargas, a analise de eventual impacto à prestação do serviço na hipótese de liquidação antecipada da dívida foi realizada pela Gerência de Controle e Fiscalização de Infraestrutura e*

Serviços – GECOF, devido às suas competências e expertise. Nessa senda, foi encaminhado àquela gerência, pela GEAFI, o Despacho COREC SEI nº 0648184, solicitando manifestação quanto à possibilidade de que a dação em garantia dos 368 vagões possa ser realizada pela Vale S/A, na qualidade de Concessionária da Estrada de Ferro Carajás.

4.8. Em resposta, por meio do Despacho GECOF SEI nº 0673187, a Gerência concluiu: "...com base na análise feita pela COFERCE e manifestada no Despacho COFERCE 0671214, esta GECOF entende, solidariamente que, ***do ponto de vista operacional, de acordo com os dados que dispomos no momento e dentro do contexto que nos foi apresentado, a dação em garantia de 368 vagões da EFC não afeta a operação da Concessionária****." (Grifo nosso)*

4.9. Frente à manifestação apresentada pela GECOF, não vemos óbice à anuência do pedido apresentado pela Vale S/A, registrando, contudo, que o ato autorizativo da Agência não deve ser confundido com aprovação de contrato de financiamento ou de seus aditivos, nem mesmo de ato homologatório ou chancela da ANTT para uma garantia já prestada, mas sim de "Autorização Prévia" da Agência para que a Concessionária possa dar em garantia desses contratos bens próprios vinculados ao serviço ferroviário ou direitos emergentes do contrato de concessão, conforme prescreve o Inciso III da Cláusula Décima retromencionada (Parecer 2211-3.3.5/2012/PF-ANTT/PGF/AGU - Documento SEI nº 1039250).

4.10. Por simetria, é certo que também depende de "Autorização Prévia", ***eventual alteração das garantias oferecidas nos contratos de financiamento e que foram originalmente submetidas à anuência desta agência reguladora, bem como a eventual alteração das condições da avença****, que, de alguma forma, possam colocar em risco a continuidade da prestação do serviço concedido.*

4.11. Por fim, é importante que no documento de autorização da Agência, conste determinação no sentido de que Concessionária envie à ANTT cópia do instrumento que formalize a constituição de garantias reais em favor da FINAME, decorrente deste financiamento." (sic - grifos do original)

Instada a se manifestar, a Procuradoria Federal junto à ANTT - PF/ANTT, analisou os aspectos jurídicos atinentes ao pleito em tela, proferindo o PARECER N. 01319/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (1212794), que concluiu pela viabilidade do prosseguimento do pleito, a saber:

"(...)

12. Ressalte-se que a Cláusula Décima do Contrato de Concessão é bastante clara ao exigir expressamente que a oferta de garantias de eventuais contratos de financiamento depende de prévia autorização do Poder Concedente, in casu, a ANTT. Registre-se que o Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 18.2.0042.1, firmado entre a FINAME e Vale S.A. foi firmado em 26/12/2018 sem que fosse promovida a "prévia anuência" da ANTT, sendo certo que nos termos da Cláusula Décima Sétima do supracitado Contrato, o negócio jurídico em tela somente se aperfeiçoaria mediante a dação à FINAME dos bens vinculados ao contrato de financiamento que, ao nosso sentir, se deu no momento da assinatura do termo contratual, independentemente da celebração a posteriori de eventual contrato de constituição de garantia real.

13. Aliás, conforme se depreende do teor da Carta nº 217/GEARG/29, encaminhada pela VALE S.A., em 06/06/2019 (fl. 01), a Concessionária consignou expressamente que bens que seriam sujeitos ao ônus não se encontravam anteriormente integrados na base de ativos vinculada à concessão ferroviária, uma vez que estavam sendo adquiridos com os recursos advindos do próprio contrato de financiamento, razão pela qual entendia que seria possível interpretar pela dispensa da prévia autorização da ANTT prevista pela Cláusula Décima, inciso III, do Contrato de Concessão.

14. Induvidoso, portanto, que a Vale S.A., lastreado no entendimento supramencionado, descumpriu a Cláusula Décima, inciso III, do Contrato de Concessão, tendo em vista que, ao firmar com a FINAME o "Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito nº 18.2.0042.1", deu em garantia bens vinculados sem que fosse promovida a "prévia anuência" da ANTT

15. Quanto as garantias já prestadas mediante a celebração do Contrato de Financiamento, em se tratando de uma concessionária de serviço público, o que interessa ao Poder Concedente e, no caso, a ANTT, é que o empréstimo e suas alterações não comprometam a operacionalização e a continuidade da prestação dos serviços concedidos. Nesse sentido, estabelece a Lei n. 8.987/1995:

"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."

16. Segundo é declarado na Cláusula Segunda do Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito entabulado entre o FINAME e a VALE S/A destina-se à "aplicação exclusiva na aquisição de máquinas, equipamentos, sistemas industriais, componentes e bens de informática e automação, novos, de fabricação nacional, habilitados no Credenciamento de Fornecedor Informatizado - CFI do Sistema BNDES ."

(...)

18. A operação financeira é de exclusiva responsabilidade da Concessionária, sem que possa derivar da anuência/autorização da ANTT qualquer obrigação subsidiária ou solidária pelo pagamento da dívida contraída, até porque a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes (art. 265,do CCB).

19. Portanto, tanto a lei como o contrato amparam a operação financeira.

20. Quanto aos "direitos emergentes da concessão", esclareço que somente o lucro derivado da atividade concedida poderá responder por eventual inadimplemento da obrigação contraída, cediço que os bens públicos de uso comum e os de uso especial vinculados a concessão são inalienáveis (art. 100,do CCB), não podendo, assim, serem objeto de constrição judicial.

(...)

22. Assim, a renda a que alude o art. 863, do Código de Processo Civil, deve ser entendida como o lucro proporcionado pelo Contrato de Concessão, única parcela integrante da tarifa que poderá ser penhorada para assegurar o pagamento do eventual inadimplemento do contrato de financiamento.

23. Portanto, considerando o interesse público que permeia o financiamento contratado (Cláusula Primeira do Contrato de Financiamento) e diante da manifestação favorável da área técnica, penso que a irregularidade apontada não compromete a deliberação proposta, pelo que poderá a Diretoria da ANTT promover o ato objeto da minuta de fl. 58.

24. Não obstante, considero que a Concessionária se houve com absoluta inobservância à Cláusula Décima, inciso III, do Contrato de Concessão, uma vez que deixou de obter a "ciência prévia" da ANTT para oferecer, em caráter irrevogável e irretratável as garantias quando da celebração do contrato de financiamento.

25. Consequentemente, sem prejuízo da Deliberação proposta, oriento, no sentido de ser acrescentada ao seu texto determinação de imediata instauração do processo administrativo regulado pela Resolução ANTT nº 5.083/2016, face a inobservância contratual apontada neste

Parecer." (sic)

Após análise jurídica os autos retornaram à SUFER que, por intermédio do DESPACHO COREC nº 1280430 acatou parcialmente os orientações da PF/ANTT, discordando no que tange da existência de desrespeito, por parte da Concessionária EFC, ao previsto no Contrato de Concessão, assim fundamentando:

> *"(...)*
>
> *7. O referido documento se trata de um "Contrato de Financiamento Mediante Abertura de Crédito", firmado entre a FINAME (Agência Especial de Financiamento Industrial S.A.) e a Vale S.A., na qualidade de detentora da concessão da EFC. Esse contrato, por sua Cláusula Segunda, se presta a* ***abrir*** *à Vale S.A. um crédito no valor de R$ 400 milhões. Não há por este instrumento a disponibilização de qualquer recurso à concessionária, mas tão somente a abertura de uma linha de crédito.*
>
> *8. Para que possa a EFC utilizar o valor liberado ou mesmo partes dele, conforme estipula a Cláusula Décima-Segunda, deverá fazê-lo por meio de "Pedido de Liberação". O parágrafo 5º desta mesma Cláusula define que os "bens financiados que forem constituídos como garantia da operação necessariamente deverão ser entregues* ***antes*** *do protocolo do Pedido de Liberação de recursos" (grifo nosso). Ou seja, para que haja liberação do valor da linha de crédito ou mesmo de partes do valor da linha de crédito, deverá a EFC, primeiramente, apresentar ao BNDES a garantia real (alienação fiduciária dos bens a serem financiados).*
>
> *9. Este foi o condão do pleito apresentado pela EFC. Que a ANTT anuísse à alienação fiduciária de 368 (trezentos e sessenta e oito) vagões recém-adquiridos que serão quitados com o valor a ser liberado pela FINAME. Note-se que a própria Minuta de Deliberação (SEI nº 1029010) foi apresentada nesse sentido. Vê-se, em seu art. 2º, que há a determinação para que "a Vale S/A apresente à ANTT cópia do instrumento de constituição de garantia real em favor da FINAME, em até 30 (trinta) dias contados da data de assinatura pelas partes".*
>
> *10. Ou seja, se a concessionária está a nos solicitar anuência para alineação fiduciária de bens vinculados à concessão, se o instrumento firmado apenas abriu uma linha de crédito e se o mesmo instrumento afirma que para que haja liberação de recursos* ***primeiramente*** *deve ocorrer a alienação fiduciária dos bens dados em garantia, significa que não houve a dação em garantia dos bens a serem financiados, bem como não houve a liberação do recurso apontado.*
>
> *11. No entanto, se ao cumprir o previsto no art. 2º da Minuta de Deliberação anexada ao presente processo administrativo, ficar demonstrado que a assinatura do referido instrumento de constituição de garantia real em favor da FINAME* ***ocorreu antes da publicação da própria Deliberação****, restará configurado o desrespeito à Cláusula Décima, inciso III, do Contrato de Concessão; em cuja situação deverá a ANTT atuar, por dever de ofício.*
>
> *12. Em respeito, então, à já citada Portaria DG-ANTT nº 027/2010* ***manifestamos acolhimento parcial*** *do Parecer nº 01319/2019/PF-ANTT/PGF/AGU. Concordamos com a possibilidade de prosseguimento, pela Diretoria Colegiada da ANTT, da promoção do ato objeto da Minuta de Deliberação SEI nº 1029010, porém discordamos da existência, até o presente momento e conforme o exposto anteriormente, de desrespeito, por parte da EFC, ao previsto na Cláusula Décima, inciso III, de seu Contrato de Concessão. Consequentemente, não há necessidade de se acrescentar ao texto da Minuta de Deliberação SEI nº 1029010 determinação de instauração de processo administrativo simplificado para apuração de infração supostamente já cometida pela EFC. Mesmo porque, tal verificação já integral o rol da fiscalização ordinária empreendida por esta gerência, e para a qual, encontra-se em curso processo administrativo nº 50500.366171/2019-54." (sic - grifos do original)*

Por fim, foram acostados aos autos o Relatório à Diretoria SEI Nº 767/2019 (1282682), bem como a minuta de Deliberação 1029010, sendo que o presente processo administrativo foi distribuído à esta Diretoria DWE aos 17 de setembro de 2019, nos termos do DESPACHO SEGER nº 1363084.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

Inicialmente, destaca-se a competência desta Agência Reguladora para tratar da matéria em cotejo, conforme disposto na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que, dentre outras providências, criou a ANTT, *in verbis*:

> *Art. 22. Constituem a esfera de atuação da ANTT:*
>
> *(...)*
>
> *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:*
>
> *(...)*
>
> *VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;*
>
> *(...)*
>
> *VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;*
>
> *(...)*
>
> *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;*
>
> *(...)*
>
> *IV – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de*

manutenção e reposição dos ativos arrendados;

(...)

Quanto ao mérito do processo ora sob análise, o direito da concessionária de dar em garantia bens de sua propriedade vinculados ao transporte ferroviário, bem como direitos emergentes da concessão, está previsto na Cláusula Décima, inciso III, do Contrato de Concessão*ipsis litteris*:

> ***CLÁUSULA DÉCIMA - DOS DIREITOS DA CONCESSIONÁRIA***
>
> *São direitos da CONCESSIONÁRIA:*
>
> *(...)*
>
> *III) Dar, mediante prévia autorização da CONCEDENTE, em garantia de eventuais contratos de financiamento destinados a prover a recuperação, a conservação, a ampliação ou a modernização da ferrovia, bens de sua propriedade vinculados ao transporte ferroviário, bem como os direitos emergentes da CONCESSÃO até o limite que não comprometa a continuidade da prestação do serviço;*

Ademais, o direito da concessionária está assegurado na 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"*, assim dispondo em seu art. 28:

> *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.*

Analisando os autos, verifico por meio das manifestações da SUFER (0671214, 0673187, 1028414 e 1282682) que a operação financeira que ora busca-se anuência não prejudicará a prestação do serviço de transporte ferroviário prestado pela Estrada de Ferro Carajás - EFC. Além disso, foi juntado aos autos o OFÍCIO SEI Nº 5243/2019/COPAC/SUFER/DIR-ANTT, que atesta que a concessionária encontra-se regular com ressalvas perante suas obrigações contratuais.

Por fim, no que se refere à sugestão da PF/ANTT para instauração de processo administrativo para apuração de descumprimento contratual por parte da EFC, alinho-me ao entendimento adotado pela SUFER no DESPACHO nº1280430, no sentido de que o contrato firmado entre a concessionária e a FINAME versa tão somente sobre uma abertura de crédito, não havendo, até o presente momento, disponibilização de qualquer recurso á EFC. Para que a concessionária possa usufruir do crédito disposto naquele contrato ou parte dele, deverá fazê-lo por meio de "Pedido de Liberação", apresentando, apenas nesse momento, garantia real, requisito que a EFC pretende cumprir por meio do presente processo administrativo. Assim, entendo que não houve, até agora, descumprimento contratual por parte da concessionária.

Ante o exposto, pelo o que consta nas manifestações técnicas e jurídicas supracitadas, proponho à Diretoria Colegiada autorizar a Vale S/A - Estrada de Ferro Carajás - EFC, a realizar a constituição de garantia real em favor da FINAME, de 368 (trezentos e sessenta e oito) Vagões GDU, no valor total de R$ 100.517.744,46 (cem milhões, quinhentos e dezessete mil, setecentos e quarenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), decorrente da liberação da primeira parcela do crédito de que trata o Contrato nº 18.2.0042.1.

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

Com estas considerações, acolhendo os encaminhamentos propostos pelas áreas técnica e jurídica, VOTO por autorizar a Vale S/A, na qualidade de Concessionária da Estrada de Ferro Carajás – EFC, a realizar a constituição de garantia real em favor da Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME, de 368 (trezentos e sessenta e oito) Vagões GDU, no valor total de R$ 100.517.744,46 (cem milhões, quinhentos e dezessete mil, setecentos e quarenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), decorrente da liberação da primeira parcela do crédito de que trata o Contrato nº 18.2.0042.1.

Brasília, 18 de setembro de 2019.

WEBER CILONI
DIRETOR

À **Secretaria Geral**, para prosseguimento.

FELIPE R. DA CUNHA ANDRADE
Assessor

Documento assinado eletronicamente por **WEBER CILONI**, **Diretor**, em 18/09/2019, às 16:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Documento assinado eletronicamente por **FELIPE RODRIGUES DA CUNHA ANDRADE**, **Assessor(a)**, em 18/09/2019, às 16:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1370900** e o código CRC **386748E3**.

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

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