



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico
Coordenação-Geral de Transportes, Infraestrutura Urbana e Recursos Naturais

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 135/2017-COGTR/SEAE/MF

Brasília, 25 de maio de 2017.

Assunto: Audiência Pública nº 004/2017 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com o objetivo de obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da proposta de resolução que regulamenta o Plano Trienal de Investimentos das concessionárias e subconcessionárias que exploram a infraestrutura e o serviço público de transporte ferroviário de carga, tema integrante da Agenda Regulatória ANTT 2015/2016, no âmbito da revisão da Resolução ANTT nº 3.761, de 20 de dezembro de 2011.

Acesso: Público.

1. Introdução

1. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF) apresenta, por meio deste parecer, considerações sobre a matéria disposta na Audiência Pública nº 004/2017, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com vistas a contribuir para o aprimoramento do arcabouço regulatório e das questões concorrenciais do setor de infraestrutura ferroviária, nos termos de suas atribuições legais, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no Anexo I ao Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017.

2. A mencionada audiência pública tem o objetivo de obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da proposta de resolução que regulamenta o Plano Trienal de Investimentos (PTI) das concessionárias e subconcessionárias que exploram a infraestrutura e o serviço público de transporte ferroviário de carga, tema integrante da Agenda Regulatória ANTT 2015/2016, no âmbito da revisão da Resolução ANTT nº 3.761, de 20 de dezembro de 2011.

2. Da Proposta Apresentada

2. A Audiência Pública ANTT nº 004/2017 tem como objetivo a revisão da Resolução ANTT nº 3.761/2011, 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, editada em 20 de dezembro de 2011 com o objetivo de estabelecer procedimentos para apresentação do PTI, critérios de análise e previsão de procedimentos aplicáveis.

3. A ANTT informa, por meio da Nota Informativa nº 01/2017/GEROF/SUFER/ANTT, de 25 de abril de 2017, que durante a vigência do normativo sob análise, as áreas técnicas da Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas (SUFER) *“manifestaram dificuldades no atendimento de determinados comandos da norma os quais foram documentados e estão sendo consubstanciados no Processo nº 50500.287884/2015-29 – “Deliberação da Diretoria quanto aos Planos Trienais de Investimentos de 2014 a 2016”.”* (fl. 02) (sem grifo no original). Nesse contexto, informa a ANTT que a partir das considerações constantes no Processo nº 50500.287884/2015-29 e com o suporte em estudos desenvolvidos no projeto de Revisão da Resolução ANTT nº 3.761/2011 no âmbito da Agenda Regulatória da ANTT 2015-2016, *“foi formulada uma Análise de Impacto Regulatório – AIR, Fase Preliminar, com o objetivo de avaliar, ex post, a ferramenta regulatória do PTI no âmbito da Resolução ANTT nº 3761”*, por meio da qual se verificou a efetividade, a eficiência e a atualidade do instrumento regulatório existente, com a identificação de pontos que indiquem um aperfeiçoamento do tratamento da matéria em uma nova proposição normativa, consubstanciada por meio de Análise de Impacto Regulatório (AIR).

4. A mencionada Nota Informativa nº 01/2017/GEROF/SUFER/ANTT menciona (itens 08 a 13) uma série de documentos (notas técnicas e pareceres) que trataram da tramitação do processo pelas diversas áreas daquela agência reguladora, que foram seguidas de manifestação da Diretoria, baseada em voto do Diretor Relator (Voto DMR nº 035/2017), que acata a ação regulatória exposta na Alternativa nº 3 da AIR: *“i) alteração da Resolução nº 3.761/2011, de forma a obter um ajuste do Papel desenhado pelo PTI enquanto ferramenta regulatória nos diversos contextos e processos regulatórios nos quais está inserido e ii) autorizar a abertura de Audiência Pública para fins de consolidação da proposta regulatória formulada.”* Ressalte-se que a mencionada AIR não faz parte da documentação disponibilizada para consulta no sítio eletrônico da AP nº 004/2017.

5. Em síntese, a proposta apresentada pela ANTT e submetida à Audiência Pública nº 004/2017 visa promover a readequação e a simplificação da padronização e da forma de envio do PTI, dissociando a forma de acompanhamento, monitoramento ou fiscalização do setor de processos específicos estabelecidos pelo normativo vigente, remetendo a procedimentos que sejam de *“livre utilização pela Agência Reguladora”*¹.

6. A proposta resulta de diagnóstico decorrente de Análise de Impacto Regulatório², conforme relatado no Voto DMR nº 35/2007 (fl. 07) e altera a Resolução nº 3.761/2011 *“de forma a obter um ajuste do papel desempenhado pelo PTI enquanto ferramenta regulatória nos diversos contextos e processos regulatórios (como por exemplo, pactuação de metas contratuais, autorização de projetos e investimentos, rotinas de fiscalização operacional e econômico/financeira, revisão tarifária, reversibilidade de bens e relacionamento da ANTT com o mercado) nos quais está inserido, visando a uma melhor governança regulatória, por meio da*

¹ Itens 62 e 63 da Nota Informativa nº. 01/2017/GEROF/SUFER/ANTT, de 25 de abril de 2017 (fl. 18).

² A mencionada Análise de Impacto Regulatório não fez parte do conjunto de documentos disponibilizados na Audiência Pública nº. 004/2017.

redução de imprecisões regulatórias, protocolos ineficientes e finalidades contraproducentes.” (grifou-se).

7. De acordo com a análise comparativa entre a Resolução ANTT nº 3.761/2011 e a minuta de revisão submetida à Audiência Pública ANTT nº 004/2017, identificam-se as seguintes alterações:

- i) supressão do conceito e da qualificação de investimento regulatório, conforme determinado pelos arts. 5º e 6º da Resolução ANTT nº 3.761/2011;
- ii) supressão do conceito de base de investimentos regulatórios e a consequente contabilização dos investimentos autorizados para fins de fixação de tarifas de transporte (art. 7º da Resolução ANTT nº 3.731/2011);
- iii) flexibilização dos requisitos para a declaração de reversibilidade de bens (art. 8º da Resolução ANTT nº 3.761/2011);
- iv) supressão da exigência de vínculo contábil entre os projetos constantes do Demonstrativo de Investimentos Regulatórios Realizados (DIRR) e os respectivos lançamentos contábeis (numeração das contas contábeis e datas de registro) (§ 1º do art. 11 da Resolução ANTT nº 3.761/2011);
- v) flexibilização do procedimento de alteração do PTI (art. 12 da Resolução ANTT nº 3.761/2011);
- vi) supressão do índice de mensuração de efetividade dos investimentos realizados pelas Concessionárias e sua respectiva divulgação pela ANTT ao mercado, com vistas a incentivar a busca pela excelência no planejamento (§ 2º do art. 12 da Resolução ANTT nº 3.761/2011);
- vii) desconstituição da correlação entre investimentos e metas de produção por ocasião da análise do PTI pela ANTT (Inciso II do Art. 16 da Resolução ANTT nº 3.761/2011).
- viii)

3. Da Análise

3.1 Dos Aspectos Regulatórios

8. Inicialmente, cabe esclarecer que a proposta de edição da Resolução ANTT nº 3.761/2011 foi analisado pela Seae, por meio do Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 20³, de 20 de julho de 2011, que concluiu tratar-se de *“iniciativa louvável da ANTT em aprimorar o processo de apresentação do Plano Trienal de Investimentos”* (Item 36, fl. 10), a despeito da proposição de alguns aperfeiçoamentos, constantes do referido Parecer. Relativamente aos possíveis impactos regulatórios da medida analisada, a Seae manifestou-se no mencionado Parecer que a minuta de resolução proposta em 2011 pela ANTT representava *“um aprimoramento do processo de apresentação do PTI, por meio da normatização da forma de apresentação dos projetos de*

³ Disponível em: http://seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2011/Parecer%2020_2011.pdf

investimentos, bem como de maior detalhamento de seu conteúdo” (Item 26, fl. 7), além da criação de critérios de análise focados no “esforço empreendido pela ANTT em fomentar os dispêndios necessários ao aumento da capacidade de transporte de carga ferroviária” (Item 27, fl. 7, grifou-se), destacando-se a imposição de limites à possibilidade de alteração do PTI, de forma a impelir as concessionárias um maior esforço na elaboração desse importante instrumento de planejamento e a importância da análise, aprovação e fiscalização dos investimentos, *“visando assegurar a prestação do serviço adequado, o cumprimento de metas contratuais e o estímulo à preservação do meio ambiente”* (Item 30, fl. 7).

9. A seguir, analisam-se os argumentos apresentados pela ANTT para a proposta de alteração da Resolução ANTT nº 3.761/2011, seguidas da proposta de ajuste, acompanhadas das ponderações cabíveis da Seae, sob os aspectos regulatórios e concorrenciais, nos termos das suas competências estabelecidas.

10. Relativamente à utilização do PTI no processo de pactuação de Metas de Produção e Segurança das concessionárias, a ANTT afirma que *“constatou-se que a correlação direta entre as informações do PTI e do processo de pactuação de metas revelou-se complexa”* (grifou-se), transcrevendo em seguida o teor do Despacho nº 122/2015/GEROF/SUFER/ANTT⁴ sobre a matéria (*in verbis*):

“18. Projetos e investimentos voltados ao atendimento dos parâmetros de segurança e produção normalmente resultam em intervenções para aumento de capacidade instalada da ferrovia e minimização dos riscos de acidentes. Porém, no caso **de projetos e investimentos previstos (futuros)**, a **relação com as metas não se mostra tão direta para o atributo de produção**. Isso porque **para que se tenha uma elevação da produção, não se apresenta suficiente ter apenas aumento de capacidade na ferrovia** (grifo nosso) (sic). **É necessário que novos contratos de transporte sejam firmados** (o que não está completamente sob controle da concessionária, haja vista que deve existir demanda para tal); que os usuários que já possuam contratos de transportes com as concessionárias performem os volumes contratados (o que também não está completamente sob o domínio da concessionária), e que a concessionária presta adequadamente o serviço contratado (este sim, sob total responsabilidade da concessionária).

19. Nesse sentido, **qualquer análise de vinculação entre os projetos e investimentos previstos (futuros) e as metas de produção** que venha a ser realizada pela ANTT **se configura como uma avaliação “em tese”**, ou seja, em teoria e, por isso, não pode e não deve ter o condão de garantir a relação entre os citados atributos. (grifo nosso) (sic).

20. Quanto aos projetos e investimentos previstos (futuros) referentes à segurança, a relação é mais direta, o que minimiza o problema supracitado. Contudo, deve-se considerar, não só para essa situação como também para o caso da produção, que **o planejamento é um elemento dinâmico, de forma que se apresenta complexo vinculá-lo diretamente às metas**. Tal vinculação poderia elevar significativamente o custo de gestão do processo (custo da Administração),

⁴ Documento não disponibilizado para análise no contexto da Audiência Pública nº. 004/2017.

tendo em vista que mudanças nas ações previstas/planejadas no PTI ensejariam frequentes repactuações das metas ou análises de justificativas (grifo nosso) (sic).

21. Em face de tal contexto, entende-se que deve a ANTT analisar os PTIs submetidos pelas concessionárias. **Porém, não lhe compete, com base no contexto anteriormente exposto, responsabilizar-se pela real necessidade dos projetos e investimentos futuros apontados pelas concessionárias** (grifo nosso). Cumpre sim, a ANTT, acompanhar, por meio das metas pactuadas, a qualidade do serviço prestado pelas concessionárias.

22. No que concerne aos projetos e investimentos realizados (e não previstos, uma vez que estes ainda são conjecturas), entende-se que as informações constantes do PTI podem contribuir de forma mais significativa para a pactuação de metas de segurança, uma vez que são eventos reais, já concretizados e por isso, podem apontar para a definição de metas mais arrojadas. No entanto, entende-se que tais informações devem subsidiar o processo de pactuação e não vinculá-lo, uma vez que envolve outros elementos externos que podem afetar a condição dos trechos e, por conseguinte, os valores acordados/acordados/regulamentados. **No que concerne aos projetos e investimentos relativos à produção, essa lógica de utilizar as informações para subsidiar decisões relativas à (sic) metas de produção resta prejudicada pelos mesmos motivos espostos nos parágrafos 17 a 19 deste Despacho.**” (destacou-se).

11. Em face dos argumentos apresentados pela ANTT para justificar a inadequação da utilização da análise dos investimentos constantes do PTI para avaliação das metas de produção, cabem algumas ponderações de caráter regulatório e econômico. Inicialmente, é necessário destacar que os contratos de concessão ferroviária atualmente adotados no Brasil se utilizam de duas variáveis regulatórias básicas – Metas de Produção e Metas de Segurança, adotadas como variáveis primárias de regulação, estabelecidas por meio de processo de **pactuação entre as partes** (Poder Concedente e concessionário). Ressalte-se que, no modelo contratual de concessão ferroviária vigente, a despeito de as obrigações de investimentos não estarem explicitamente determinadas⁵, estas estão **implícita e fortemente correlacionadas com as metas de produção e segurança**. Em síntese, pretendeu o modelo estabelecer uma relação de causa e efeito entre as obrigações pactuadas e os respectivos investimentos associados, necessários à viabilização das metas. Diferentemente do modelo adotado para as concessões rodoviárias, por exemplo, enxergou-se no modelo adotado para as concessões ferroviárias um mecanismo de maior flexibilidade, delegando-se às concessionárias a decisão sobre onde e quando realizar o investimento. No entanto, a flexibilidade inerente ao contrato de concessões ferroviárias **não implica ao Poder Concedente abrir mão das prerrogativas regulatórias inerentes**, em especial a obrigação de avaliar a adequabilidade e a assertividade da política de investimentos adotada, **mediante proposta das concessionárias**, por meio de **avaliação da sua compatibilidade com o atingimento das metas pactuadas**. Dissociar a relação entre as obrigações contratuais, materializadas pelas Metas de Produção e Segurança e os investimentos, seria abdicar do papel de agente regulador, tornando-se o Poder Concedente sujeito passivo das decisões de investimentos adotadas pelas concessionárias e, eventualmente, dificultando a identificação tempestiva pelo ente regulador de eventuais ajustes necessários, limitando o papel da agência reguladora a apenas constatar a eventual inadequabilidade

⁵ Os contratos de concessões rodoviárias, por exemplo, possuem o denominado Programa de Exploração de Rodovias (PER), que determina todos os investimentos a serem realizados na concessão e as respectivas datas de sua implementação.

da política de investimentos **somente por ocasião do não atingimento das metas, retirando-lhe o caráter proativo, inerente à atividade de regulação.**

12. Observa-se, portanto, que proposta sob análise, suprime uma importante fase do processo regulatório, qual seja, sua componente “ex-ante”, ao desvincular a **análise do cumprimento de metas em função da oferta de capacidade planejada** para a ferrovia, resumindo-se ao controle “ex-post”, focado tão somente na realização efetiva das metas pactuadas. Em razão da supressão de uma importante componente da ação regulatória, entende-se que a medida sob análise enfraquece a atividade regulatória sobre o setor de concessões ferroviárias.

13. Em continuidade à análise dos argumentos apresentados na Nota Informativa nº 01/2017/GEROF/SUFER/ANTT, o item 24 (fl. 06) apresenta o entendimento versado na Nota Técnica nº 03/2015/COPAC/SUFER (não disponibilizada para análise no contexto da Audiência Pública nº 004/2017) de que não cabe à ANTT admitir/garantir que os projetos e investimentos futuros indicados pelas concessionárias serão necessários e suficientes para o atingimento das metas pactuadas. *In verbis*:

“3.11 Por conseguinte, tendo em vista a opção pela concessão por conta e risco do agente privado, e a adoção de um modelo de regulação por resultados, é dever da Concessionária, e somente dela, identificar e realizar todos os projetos e investimentos relevantes para o atendimento das metas pactuadas, não cabendo à ANTT admitir/garantir que os projetos e investimentos futuros indicados pela concessionária serão necessários e suficientes para o atingimento das metas pactuadas, mas sim avaliar se eles podem contribuir para a melhor prestação do serviço e se são passíveis de reversibilidade.” (grifos nossos).

14. Da análise da Resolução ANTT nº 3.761/2011, verifica-se que o inciso II do art. 16 determina que após a análise do PTI das concessionárias, a ANTT expedirá ato em que constará, dentre outros requisitos, a “II – relação de projetos aderentes à estratégia de melhoria da qualidade do serviço de transporte ferroviário de cargas, refletidas nas metas de desempenho estabelecidas”. Observa-se uma nítida preocupação da referida resolução **em garantir a aderência das políticas de investimento às metas de desempenho estabelecidas.** Nunca é demais lembrar que o estabelecimento de esforços regulatórios para incentivar o pleno atingimento das metas de desempenho estabelecidas é essência da atividade de regulação. Excepcionalizar a avaliação dos investimentos, tal como proposto na minuta de resolução sob análise, implicaria contrariar a essência da estrutura dos contratos de concessão ferroviária, fortemente pautado nas duas variáveis primárias de regulação – Metas de Produção e Segurança - com efeitos indesejados na qualidade da prestação do serviço ao usuário.

15. Ao contrário do que se pretende apresentar, a imposição de procedimentos de acompanhamento e validação dos investimentos necessários ao atendimento das metas de produção é atividade recorrente nos demais setores regulados e se constitui de atividade intrínseca à regulação de serviços públicos concedidos. Sob essa ótica, deve o Poder Concedente proceder à análise prévia dos investimentos propostos pelas concessionárias e reconhecer sua aderência à política pública estabelecida para o setor regulado. Não fosse assim, não faria sentido a necessidade de autorização prévia dos investimentos nas concessões, que no caso do setor de concessões ferroviárias, é regida pelo inciso IX da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, *in verbis*:

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

(...)

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública. (grifos nossos)

16. Em continuidade ao raciocínio exposto no item precedente, menciona-se de forma exemplificativa, o modelo regulatório adotado para o serviço de transmissão de energia elétrica, que determina que é responsabilidade da concessionária realizar investimentos em obras e instalações, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica, garantido o equilíbrio econômico-financeiro (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996). Para o caso de autorização de investimentos às concessionárias existentes, situação que parece se assemelhar à realidade das concessionárias de serviço público de transporte ferroviário, a autorização de novos investimentos se efetiva por meio de resolução específica da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), para “implantação de novas instalações de transmissão da rede básica, bem como para substituições ou alterações nas instalações existentes da rede básica, uma vez **recomendados pelo Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos – CCPE ou pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS**, para aumento da capacidade de transmissão, ou da confiabilidade do sistema, ou ainda, que resulte em alteração da configuração do sistema interligado, com a correspondente parcela de receita anual permitida (RAP), a ser acrescida à receita anual da empresa transmissora⁶. Vê-se, portanto, que também em outros setores regulados, a decisão sobre a realização de investimentos está de alguma maneira vinculada a processos de planejamento governamental com foco em aspectos estratégicos que visem a assegurar a continuidade e a qualidade na prestação do serviço público concedido, não se tratando de uma decisão unilateral das concessionárias. Portanto, o mecanismo presente na Resolução ANTT nº 3.761/2011 relacionado ao acompanhamento dos investimentos parece estar alinhado às melhores práticas regulatórias vigentes para o setor de serviços públicos concedidos.

17. Em seguida, a Nota Informativa nº. 01/2017/GEROF/SUFER faz menção ao Voto DMV nº 103/2016, que apresenta as seguintes considerações (fl. 06) (in verbis, grifou-se):

"Vê-se que a vinculação entre o PTI e as metas se dá apenas para o atributo de segurança (e somente para o caso de obras já realizadas), o que combina com o entendimento relativo à dificuldade de relacionar projetos e investimentos em aumento de capacidade instalada da ferrovia com a produção, uma vez que o cumprimento das metas anuais de produção é fortemente afetado por diversos fatores externos. Mesmo no caso de metas de segurança, as informações do PTI relativas a projetos e investimentos previstos (e não realizados) apresentam restrições dadas à dinamicidade do planejamento e à impossibilidade de se impor metas, dada a sensibilidade a fatores externos imprevisíveis. Já as informações relacionadas a projetos e investimentos realizados apresentam maior factibilidade para a pactuação dessas metas de segurança." (grifos nossos)

18. Causa estranheza o entendimento esposado no mencionado voto, possivelmente fundamentado em documentação oriunda da área técnica (não disponibilizada no contexto da Audiência Pública sob análise), na medida em que parece não reconhecer ser o atributo de capacidade da rede ferroviária uma condição **necessária, mas não suficiente** para o cumprimento

⁶ Neto F.A. et. al.- INVESTIMENTOS EM TRANSMISSÃO” UM ENFOQUE ECONÔMICO-FINANCEIRO E CONTÁBIL: A VISÃO DA EMPRESA INTEGRADA E A VISÃO DO PROJETO ESPECÍFICO.

das metas de produção. Conclui-se, portanto, que sem a existência de capacidade não há a possibilidade de pactuar metas compatíveis com os volumes de demanda existentes no mercado de transporte ferroviário e, tampouco, garantir seu efetivo cumprimento durante a execução contratual. Este entendimento **se potencializa na medida em que se trata de um sistema regulado pela oferta** – característica **intrínseca do sistema ferroviário brasileiro**, que por deficiência histórica de investimentos, tanto em via permanente, quanto em material rodante, apresenta déficits de capacidade nos principais corredores ferroviários, **conforme claramente demonstrado nos relatórios gráficos e analíticos que compõem a Declaração de Rede, anualmente disponibilizada pela ANTT.** Nesse contexto, não raro os concessionários “escolhem” os produtos e os clientes a serem transportados, deixando os mercados desatendidos, condição que se potencializa nas regiões em que há a ocorrência de cargas com sazonalidade, tais como commodities agrícolas. Dessa forma, entende-se **não haver como desconhecer a forte correlação da capacidade de atendimento às metas de produção com os investimentos, visto que a primeira não existe sem a segunda,** ainda que a segunda se constitua em condição necessária, mas não suficiente à ocorrência da primeira.

19. Dando continuidade à análise da proposta de alteração da Resolução ANTT nº 3.761/2011, informa a área técnica da ANTT que “*a intervenção regulatória reduziu a dinamicidade para a realização de investimentos não planejados (sic) pelas concessionárias no PTI*” (Item 29 da Nota Informativa nº 01/2017/GEROF/SUFER, fl. 07) e que “*II) verifica-se uma dificuldade da área técnica na comparação⁷ tendo em vista que o conceito do que seja investimento informado em cada norma é distinto, além disso, existe divergência entre a forma de agregação e desagregação entre o PTI e o SAFF*” (Item 34 da Nota Informativa nº 01/2017/GEROF/SUFER, fl. 08).

20. Adicionalmente, menciona a ANTT as “dificuldades relacionadas à fiscalização econômico-financeiras dos investimentos” (Item 35 da Nota Informativa nº 01/2017/GEROF/SUFER, fl. 08), reportando-se a entendimentos consignados na Nota Técnica nº 014/2015 (não disponibilizado na Audiência Pública ANTT nº 04/2017), que, em síntese, relata a **dificuldade em se efetuar o lançamento dos dados atinentes a cada um dos projetos em conta contábil específica**, destacando-se a necessidade de ajustes no Manual de Contabilidade e concluindo “**ser impossível o atesto pela GEAFI do montante efetivamente gasto em cada projeto pelas concessionárias.**”

21. Finalmente, informa a ANTT no Item 41 da Nota Informativa nº 01/2017/GEROF/SUFER, fl. 11) que “*..... constatações das áreas técnicas expuseram **desarrazoados custos regulatórios ex post geradores de ineficiência** (como por exemplo, o estabelecimento e a operacionalização de **procedimentos formais de controle**) frente à **inefetividade do PTI como instrumento regulatório para esse fim.** Esses argumentos são postos na Nota Técnica n. 0 014/2015/GEAFI/SUFER/ANTT.” Destaca ainda a ANTT que “*O principal motivo da validação dos valores dispendidos pela concessionária na execução de projetos, é a aferição dos valores efetivamente dispendidos como investimento regulatório.*” e que seria necessário, contabilmente, segregar os “investimentos regulatórios” daqueles considerados “não regulatórios” e que de acordo com o Plano de Contas aplicável às concessionárias de serviço público de transporte ferroviário, os lançamentos contábeis não são segregados, o que **tornaria necessário ajustar o manual de contabilidade** por meio de modificações nos planos de contas ou criação de relatórios auxiliares. No entanto, a ANTT manifestou entendimento ser “*contraproducente, senão impossível, atestar que os valores efetivamente registrados a título de investimento regulatório, de fato, representem**

⁷ Comparação entre o conceito de investimento entre as normas regulatórias vigentes.

exclusivamente os encargos que a concessionária incorreu para a execução do projeto assim classificado” (fl. 12)

22. Da análise das informações apresentadas no item precedente, ressalta-se que, de acordo com as boas práticas de gestão empresarial, **não há que se reconhecer dinamicidade em instrumentos de planejamento de curto prazo**, como parece que deve ser o objetivo da proposta de PTI a ser apresentada pelas concessionárias à ANTT **para realização dos investimentos no ano imediatamente subsequente**. Na medida em que eventuais ajustes nos referidos **instrumentos de planejamento de curto prazo** se tornem significativos, configura-se **falha no processo de planejamento**, com a qual não deve o Poder Concedente ser tolerante, razão pela qual se afigurou a vedação constante do art. 12 da Resolução ANTT nº 3.761/2011⁸. A esse respeito, convém rememorar manifestação da própria ANTT no contexto de resposta à ação judicial movida pelas concessionárias do Grupo América Latina Logística (ALL) contra a ANTT, por ocasião da edição da Resolução ANTT nº 3.761/2011⁹. *In verbis*:

(...)

Alega que não se pode falar em investimento dirigido, pois o que se pretendeu foi apenas dar efetividade ao PTI, eis que anteriormente não havia nenhum compromisso das concessionárias com os investimentos ali informados, não se podendo olvidar que o negócio ferroviário pressupõe investimentos maciços e de longo prazo, com a necessária antecipação do planejamento, não havendo lugar para improviso ou amadorismo. (Fl. 03 – grifos nossos)

(...)

23. No tocante às dificuldades relatadas na fiscalização econômico financeira dos investimentos, é imperioso ressaltar que a relevância dos investimentos para a fixação da tarifa e de eventuais indenizações por ocasião do término da concessão **recomendam a adoção de todos os esforços regulatórios possíveis para se garantir que haja o controle físico e contábil dos investimentos realizados com níveis mínimos de confiabilidade**. Nesse quesito, novamente utilizando o setor elétrico como analogia, observa-se a utilização do conceito de “Base de Remuneração Regulatória”, que inclui todos os ativos vinculados à prestação do serviço devidamente reconhecidos pelo Poder Concedente e sobre os quais incidirá a remuneração (que incluirá a depreciação ou amortização) a ser paga pelo usuário dos serviços¹⁰. Adicionalmente, inseriu-se conceito de “**Base Blindada**”, que se constitui basicamente na chancela pelo Poder

⁸ Art. 12. Os projetos de investimentos regulatórios previstos no PTI para o primeiro ano de vigência não poderão ser alterados, ressalvados casos excepcionais submetidos à autorização prévia da ANTT, mediante apresentação de justificativa pela concessionária.

⁹ Apelação Cível n.º 5035335-75.2012.404.7000/PR, disponível no sítio eletrônico: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trf-anula-sentenca-cerceamento.pdf>. No mérito, alegou a ALL que a Resolução 3.761/2011 inovou no mundo jurídico (sic), alterando as avenças contratuais firmadas, impondo, unilateralmente, diversos ônus em desfavor das autoras e que a ANTT teria “*alterado unilateralmente regras de um contrato de concessão do qual não é parte (sic), tendo ocorrido uma injustificada alteração da lógica dos contratos de concessão, transformando-se a ANTT em gestora da atividade desenvolvida pelas concessionárias autoras, ao alterar o PTI de informativo para autorizativo, com o que ao invés de serem cobrados resultados (metas), passam a ser controlados os meios a serem utilizados para a obtenção dos resultados.*”

¹⁰ Fonte: Módulo 2: Revisão Tarifária Periódica de Concessionárias de Distribuição – Submódulo 2.3 BASE DE REMUNERAÇÃO REGULATÓRIA. Disponível em:

http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Proret_Subm%c3%b3dulo%202.3_V%202.0.pdf

Concedente dos valores da base de remuneração aprovada, associada aos ativos existentes em operação e sobre os quais reconhece o Poder Concedente ser cabível a devida remuneração. Sob essa ótica regulatória, seriam alocados aos concessionários os riscos de eventuais sobrevalores incorridos pela concessionária por ocasião da implementação dos projetos de investimento, adotando-se o conceito de “contabilidade regulatória”. O referido procedimento, inicialmente estabelecido pela Resolução Normativa ANEEL nº 457, de 08 de novembro de 2011, foi revisado após a realização da Audiência Pública AP 23/2014, que resultou na edição da Resolução Normativa ANEEL nº 686/2015, de 23 de novembro de 2015. Conclui-se, portanto, tratar-se de norma regulatória atual e em plena utilização no setor de serviços públicos regulados, razão pela qual parece não haver justificativas técnicas plausíveis para a impossibilidade de adoção de critério semelhante alegada pela ANTT, por ocasião da implementação do procedimento preconizado pela Resolução ANTT nº 3.761/2011. Eventuais dificuldades de adaptação de procedimentos regulatórios, incluindo os registros contábeis, necessários à implementação das medidas de acompanhamento e controle dos investimentos, não se justificam como motivação para justificar a fragilização da atividade de acompanhamento e controle dos investimentos materializada na proposta de alteração de resolução sob análise.

24. Na mesma linha de raciocínio, evoca-se a manifestação do Tribunal de Contas da União, que por ocasião da Tomada de Contas relativa ao exercício de 2011, no contexto do Processo TC nº 027.750/2011-6, manifestou grande preocupação em relação à vulnerabilidade relacionada ao controle dos investimentos pelo Poder Concedente no setor ferroviário, ao mesmo tempo em que reconheceu esforços relacionados ao processo à época de implementação de medidas efetivas de controle dos investimentos do PTI. *In verbis*:

(...)

3.17 Em relação às demais soluções, o que se pode observar é que ainda representavam, em 2012, um conjunto de metas, objetivos e/ ou propósitos da entidade, antes de se constituírem em medidas efetivas de controle dos investimentos provenientes do PTI.

3.18 Na instrução anterior foi registrado o que segue em relação à **vulnerabilidade em que se encontram os usuários, no primeiro momento, e a União, ao término da concessão** (peça 15, p. 14-15):

‘Observa-se que os valores da tarifa são calculados, também, em razão dos custos relacionados à operação da concessão. Os custos de depreciação, desse modo, interferirão nos valores das tarifas calculadas, conduzindo a uma elevação dessa mesma tarifa. Ora, se os valores dos investimentos, diretamente relacionados aos valores anuais de depreciação, não são avaliados, validados ou conferidos pela ANTT, fica o valor da tarifa à mercê dos valores que, verdadeiros ou não, são informados ano a ano pelas concessionárias.

De outro lado, ao término da concessão, muitos desses bens poderão ser considerados reversíveis, e a parte deles que ainda não foi depreciada deverá ser indenizada pela União de acordo com o valor que foi contabilizado pela concessionária a título de investimento. De igual modo, uma vez que a ANTT não tem fiscalizado os valores lançados como investimento, estará a União sujeita a pagar valores, talvez, muito superiores aos efetivamente gastos pelas concessionárias.

(...)

3.20 Afora isso, tem-se que a ANTT foi instituída pela Lei 10.233/2001, que, em seu art. 24 já estabelecia, a título de **atribuição da agência, a obrigatoriedade de fiscalizar os serviços e investimentos realizados pela concessionária**. Logo, o desenvolvimento dessas ferramentas deveria ter ocorrido desde a criação da Agência, para que já existisse um controle efetivo dos investimentos realizados pelas concessionárias. (Fl. 05 – grifos nossos)

(...)

25. No Voto que compõe o Acórdão nº 603/2015 – TCU – Plenário, que consubstancia a decisão do TCU relativa ao TC nº 027.750/2011-6, reconhece aquela Corte de Contas que **a adoção de medidas regulatórias ainda em curso** voltadas ao atendimento das fragilidades observadas, dentre elas aquelas relacionadas ao controle dos investimentos, foi **fator determinante para a não aplicação de penalidades aos gestores**. *In verbis*:

(...)

10. Também quanto a esse ponto, embora os controles da ANTT sobre o efetivo cumprimento dos contratos de concessões ferroviárias se mostrassem frágeis, a Agência trouxe informações ao processo acerca de medidas adotadas no sentido de aperfeiçoar sua atuação. Algumas das medidas somente foram concretizadas no exercício de 2011, mas considero plausível o entendimento de que, por sua complexidade, essas medidas tenham demandado ações, estudos e recursos desde o exercício anterior, conforme alegado pela Agência. **Dessa forma, considerando que a ANTT não se manteve inerte quanto ao problema, entendo não ser o caso de apenar os gestores**.

11. Em reforço ao entendimento aqui externado cumpre mencionar a decisão adotada por este Tribunal no TC 008.799/2011-3 (Acórdão 312/2012-Plenário, alterado parcialmente pelo Acórdão 2950/2012-Plenário), lembrada no parecer do MPTCU.

12. Naquele processo de auditoria de conformidade, realizada com o objetivo de avaliar a atuação da ANTT no controle e supervisão dos investimentos no setor ferroviário nacional, foram constatados, entre outros fatos, ociosidade das linhas férreas, **deficiência no controle e supervisão dos investimentos e falhas na fiscalização das obras realizadas pelas concessionárias**. Ou seja, naquele processo foram examinados especificamente os fatos ora discutidos e, ao final, esta Corte de Contas, **entendeu por expedir determinações e recomendações visando à obtenção de melhorias efetivas da organização administrativa e da forma de atuação da ANTT, sem considerar a aplicação de sanções aos gestores. Por coerência, neste processo de contas, que abrange a gestão da ANTT como um todo e não apenas quanto suas competências relativas às concessões ferroviárias, penso, conforme exposto acima, não ser o caso de apenação aos gestores**. (Fl. 24 – grifos nossos)

(...)

26. Ante os argumentos e fatos apresentados em relação às justificativas elencadas pela ANTT nos Itens 19, 20 e 21 deste Parecer, parece não subsistir razão aos argumentos apresentados para a

fundamentação das alterações na Resolução ANTT nº 3.761/2011, tendo em vista que as alterações propostas aparentemente fragilizam o processo de acompanhamento e controle dos investimentos realizados pelas concessionárias, em direção oposta àquela já utilizada por outros órgãos reguladores de serviços públicos concedidos e em aparente falta de sintonia com preocupações e recomendações exaradas pelo órgão de Controle Externo.

27. Adicionalmente, tomando como base o texto de normativo recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, resultante da conversão em lei da Medida Provisória (MP) nº 752¹¹, de 24 de novembro de 2016, os mecanismos de flexibilização de acompanhamento de investimentos constante da proposta de alteração da Resolução sob análise parecem ser incompatíveis com os controles necessários para a implementação de dispositivos trazidos pela referida MP, tais como as diretrizes a serem adotadas pelo Poder Concedente para a implementação das prorrogações aplicáveis ao setor ferroviário. In verbis:

“Art. 9º Sem prejuízo das demais disposições desta Lei, as prorrogações dos contratos de parceria no setor ferroviário também serão orientadas:

I – pela adoção, quando couber, de obrigações de realização de investimento para aumento de capacidade instalada, de forma a reduzir o nível de saturação do trecho ferroviário, assegurado o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

(...)

III – pela garantia contratual de capacidade de transporte a terceiros outorgados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), garantindo-se o direito de passagem, de tráfego mútuo e de exploração por operador ferroviário independente, mediante acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais do concessionário, garantida a remuneração pela capacidade contratada.

§ 1º Os níveis de capacidade de transporte deverão ser fixados para cada ano de vigência do contrato de parceria prorrogado, e caberá ao órgão ou à entidade competente acompanhar o seu atendimento pelo contratado.

§ 2º Os planos de investimento pactuados poderão prever intervenções obrigatórias pelo contratado, compatíveis com os níveis de capacidade ajustados.

§ 3º Mediante anuência prévia do órgão ou da entidade competente, os planos de investimento serão revistos para fazer frente aos níveis de capacidade, nos termos do contrato. (grifos nossos)

28. Dessa forma, nos termos das determinações contidas no art. 9º da MP nº 752/2016, devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, entende-se que não seria possível que Poder Concedente implemente os dispositivos supramencionados, que correlacionam de forma inequívoca os planos de investimentos aos níveis de capacidade projetada, frente ao

¹¹ Projeto de Lei de Conversão nº. 3, de 2017 (MP nº. 752/2017), aprovado pelo Senado Federal em 03/05/2017, que se encontra aguardando sanção/veto presidencial.

mecanismo de flexibilização constantes da proposta de alteração submetida à Audiência Pública sob análise.

29. Nessa mesma linha de raciocínio, cabe mencionar a implementação do mecanismo constante do § 3º do art. 30 da referida MP, que determina a segregação de investimento de parcela de investimento correspondentes a valores compensados, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, *in verbis*:

Art. 30. São a União e os entes da administração pública federal indireta, em conjunto ou isoladamente, autorizados a compensar haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados, no âmbito dos contratos nos setores rodoviário e ferroviário.

§ 1º Excluem-se da compensação de que trata o caput deste artigo os valores já inscritos em dívida ativa da União.

§ 2º **Os valores apurados com base no caput deste artigo poderão ser utilizados para o investimento**, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública.

§ 3º **A parcela dos investimentos correspondente aos valores compensados não poderá ser utilizada para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e indenização.** (grifos nossos)

30. Nesse contexto, **parece ficar prejudicada a implementação da segregação dos valores correspondentes aos investimentos derivados de compensação de haveres**, de que trata o dispositivo supracitado (§ 3º do art. 30), na medida em que não haja um acompanhamento detalhado dos investimentos realizados, incluindo a segregação contábil dos investimentos regulatórios, tendo em vista as dificuldades de natureza contábil relatadas pela ANTT no Item 41 da Nota Informativa nº 01/2017/GEROF/SUFER (fl. 11), consubstanciadas em excerto da Nota Técnica nº 014/2015/GEAFI/SUFER/ANTT (Itens 3.11 a 3.20), que embasaram a proposta de simplificação do acompanhamento dos investimentos, objeto da Audiência Pública sob análise.

31. Finalmente, a ANTT se manifesta sobre a previsão de divulgação ao mercado do Índice de Avaliação de Desempenho (IAD), previsto no § 2º do art. 12 da Resolução ANTT nº 3.761/2011, alegando que seria “*possível se inferir que o Índice de Avaliação de Desempenho, da forma como foi preconizado, não apresenta um conjunto de informações relevantes no mercados ou a agentes econômicos em seus processos decisórios.*”¹². Sobre esse aspecto, esta Unidade Técnica apresenta entendimento distinto, tendo em vista que o mencionado procedimento pode se constituir em instrumento de transparência do setor ferroviário, e, com isso, tornar-se um potencial de atração de investidores, via mercado de capitais, por exemplo, para aquelas empresas com reconhecida excelência na gestão dos investimentos relacionados ao contrato de concessão.

32. Merece destaque o fato de que desde a edição da Resolução ANTT nº 3.761/2011 houve uma forte oposição das concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas em relação ao cumprimento das medidas preconizadas, naturalmente por exigir-lhes um maior rigor no planejamento e na execução dos investimentos necessários ao cumprimento das obrigações

¹² Item 50 da Nota Informativa 01/2017/GEROF/SUFER, fl. 14.

contratuais. Essa oposição pode ser materializada pela já mencionada Ação Judicial movida pela ALL contra a ANTT, alegando, entre outros aspectos, iniciativa de alteração unilateral de regras do contrato de concessão do qual não é parte, seguida de uma suposta injustificada alteração da lógica dos contratos de concessão, transformando-se a ANTT em gestora da atividade desenvolvida pelas concessionárias autoras, ao alterar o PTI de informativo para autorizativo, invertendo-se a cobrança de resultados (metas) pela cobrança dos meios para a obtenção dos resultados, o que resultaria em excessiva burocratização para a realização dos investimentos, desconsiderando-se a realidade da vida empresarial, que é dinâmica. Adicionalmente aos aspectos regulatórios e econômicos apontados neste Parecer, que não reconhecem as justificativas apresentadas pela ANTT para justificar a alteração da Resolução objeto da Audiência Pública sob análise, estranhamente semelhantes, no mérito e forma, àqueles constantes da mencionada ação judicial, merece destaque o entendimento do Poder Judiciário sobre a matéria, consubstanciado na fundamentação da decisão sobre a ação (in verbis):

“

De consequência, tem-se que não há ofensa ao princípio da legalidade na edição da Resolução n. 3.761/2011 pela ANTT, princípio este que, no que se refere às agências reguladoras, deve ser entendido no sentido supra indicado, i.e., de que podem ser criadas obrigações pelo regulamento, desde que os contornos delas já estejam traçados em lei ou que a lei lhes tenha outorgado capacidade normativa autônoma e desde que não haja regulamentação 'contra legem'. Na hipótese, os contornos da obrigação de entrega do PTI já constavam dos contratos e as competências para regulamentação do serviço concedido e para autorização de projetos e dos respectivos investimentos consta de lei, tendo sido disciplinada pela Resolução somente a forma para apresentação do PTI e determinado seu caráter vinculante. Não houve regulamentação 'contra legem' (as autoras não indicam mesmo nenhum dispositivo legal específico que teria sido desrespeitado). Na verdade, o que houve foi a introdução de uma disciplina mais esmiuçada para o PTI, de modo a que ele passasse a servir de base para o exercício da competência legal da ANTT para autorizar projetos e investimentos, senão vejamos.

.....

Como se vê apenas foram instituídas normas sobre a forma de apresentação do PTI, distinguindo-se os investimentos regulatórios dos demais, de modo a se deixar claro que o PTI deve versar sobre os investimentos regulatórios. Além disso, foi dado caráter vinculante ao PTI, de forma a se garantir que os investimentos propostos sejam realmente efetuados, o que está de acordo com as competências da ANTT para regulamentar e fiscalizar o serviço concedido (art. 24, I, L. 8.987/95) e para autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas (art. 24, IX, da Lei n. 10.233/01). A Resolução n. 3.761/11, a rigor, não é mais do que um regulamento de execução, já que disciplina os meios para serem exercidas as competências atribuídas por lei à ANTT. E, ainda que assim não fosse, como visto, é possível a edição de regulamentos autônomos (desde que 'secundum legem' ou 'praeter legem') pelas agências reguladoras.

.....

Desse modo, são lícitas as alterações contratuais que deram novo caráter ao PTI, assim como as que definiram novo conceito de 'investimento regulatório'.

resguardando-se às autoras, evidentemente, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se este eventualmente houver sido atingido, o que não está claro nos autos (e cuja comprovação, aliás, demandaria a produção de prova pericial). Desde logo consigno que não é o caso de ser examinado esse ponto na presente sentença, porquanto as autoras não indicam a existência de lide no ponto, i.e., não alegam (nem comprovam) que teriam requerido administrativamente a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e que isso lhes teria sido negado. Somente afirmam que essa recomposição não foi prevista na Resolução. Isso, porém, não seria mesmo necessário, já que, de um lado, decorre de lei e, de outro lado, sua aplicação concreta só pode ser feita caso a caso.

.....

Por fim, deixo de examinar as questões atinentes à alegada inversão da lógica dos contratos de concessão (subitem 3.4.1 da petição inicial), seja porque, como visto, o poder concedente pode alterar unilateralmente as cláusulas contratuais, seja porque cabe ao Poder Judiciário somente a revisão dos atos administrativos no que concerne aos seus requisitos legais e à obediência aos princípios constitucionais, no que não se enquadram as discussões suso indicadas, típicas do mérito do ato administrativo (juízos de conveniência e oportunidade). Em suma, do quanto ora exposto, conclui-se que a Resolução ANS n. 3.761/2011 não ofendeu o princípio da legalidade, visto que ela simplesmente esmiuçou a forma de cumprimento pelas concessionárias das obrigações de apresentação do PTI e de fazer investimentos e, mesmo que assim não fosse, o poder regulamentar das agências reguladoras é mais extenso do que o tradicional e pode ser exercido para complementar disposições legais, desde que não se atue 'contra legem'. Ainda, a principal questão em discussão nos autos não diz respeito ao princípio da legalidade e ao poder regulamentar das agências, mas sim aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e moralidade administrativa, os quais não restam ofendidos, uma vez que **a ANTT não fez mais do que se utilizar das chamadas cláusulas exorbitantes para; nos termos de sua competência legal para fiscalizar e regular a concessão de serviços públicos e para autorizar os respectivos investimentos; disciplinar a forma de entrega do PTI, determinando seu caráter vinculante para os investimentos ali propostos.**

.....”

33. Finalmente, por ocasião da Sessão Presencial da Audiência Pública nº 004/2017, realizada no Edifício-Sede da ANTT em Brasília, foi realizada a apresentação da proposta de alteração da Resolução 3.761/2011, ocasião em que foi destacado pela ANTT como um dos motivadores da alteração proposta o fato de se encontrar em discussão propostas de resoluções que endereçam aspectos relacionados aos investimentos sob as esferas contábil e patrimonial. Sobre esse aspecto, entende-se não haver antagonismos entre os procedimentos preconizados na Resolução ANTT nº 3.761, que têm caráter genérico, porém importantes como balizadores das regras regulatórias aplicáveis aos investimentos, e aqueles que venham a resultar de eventual detalhamento de resoluções posteriores sobre aspectos específicos, tais como questões contábeis e patrimoniais, que seriam complementares. Em síntese, na verdade, parece haver complementariedade entre as medidas regulatórias em curso e aquelas preconizadas pela Resolução ANTT nº 3.761/2011.

3.2 Dos Aspectos Concorrenciais

34. A avaliação dos potenciais efeitos de proposta de alteração de normativo regulatório sobre os aspectos concorrenciais, utiliza-se de metodologia desenvolvida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹³. A referida metodologia consiste de um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. Nesse contexto, o potencial impacto da proposta analisada nas questões concorrenciais leva em consideração os seguintes efeitos: i) limitação no número ou variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; iii) diminuição do incentivo à competição; e iv) limitação das opções dos clientes e da informação disponível.

35. Para a proposta de alteração da Resolução ANTT nº 3.761/2011 sob análise, verifica-se haver uma possível limitação na concorrência entre empresas, vez que a proposta, ao desvincular a análise de investimentos do processo de acompanhamento de metas contratuais de produção, tem o condão de reduzir a oferta de capacidade de transporte ferroviário, com potencial efeito sobre as operações de Direito de Passagem, limitando, assim, a possibilidade de competição entre empresas ferroviárias distintas, restringindo potencialmente as opções de usuários do transporte ferroviário.

4. Conclusão

36. Este parecer apresentou considerações sobre os Documentos Jurídicos e Estudos Técnicos referentes à proposta de alteração da Resolução ANTT nº 3.761/2011, que estabelece procedimentos para apresentação do Plano Trienal de Investimentos (PTI) à Agência Nacional de Transportes Terrestre (ANTT) no contexto da Audiência Pública nº 004/2017.

37. Da análise da proposta apresentada com base nos aspectos regulatórios e concorrenciais, nos termos das competências institucionais da Seae, conclui-se que:

i) a proposta contém elementos que fragilizam as questões regulatórias, na medida em que desvincula a análise da capacidade de cumprimento de metas da oferta de capacidade planejada, em aparente desalinhamento com as melhores práticas regulatórias, adotadas por outras agências reguladoras de serviços públicos regulados;

ii) a excepcionalização da atividade de avaliação dos investimentos, no formato proposto, parece contrariar a essência da estrutura dos contratos de concessão ferroviária, fortemente pautado em duas variáveis primárias de regulação - Metas de Produção e Segurança - com efeitos indesejados na qualidade da prestação do serviço ao usuário, em aparente falta de sintonia com preocupações e recomendações anteriormente exaradas pelo órgãos de controle;

iii) setores de infraestrutura limitados pela oferta, como é o caso do setor ferroviário, são particularmente sensíveis à proposta de desregulamentação do acompanhamento dos investimentos, com potenciais efeitos sobre a oferta de capacidade, com reflexos nas questões concorrenciais e regulatórias;

¹³ Referência: OCDE (2011). Guia de Avaliação da Concorrência. Versão 2.0. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>. Acessado em 06.08.2014.

iv) a flexibilização do processo de planejamento de investimentos no curto prazo, nos termos da minuta proposta, constitui-se em retrocesso regulatório, com potencial de fragilização da atividade regulatória e potenciais reflexos na qualidade do serviço prestado ao usuário;

v) a simplificação dos procedimentos de acompanhamento dos investimentos das concessionárias, nos termos da minuta de Resolução proposta, parecem trazer dificuldades de implementação das diretrizes e condições estabelecidas pelo Projeto de Lei de Conversão nº 3/2017 (conversão em lei da Medida Provisória nº 752/2016), conforme demonstrado nos Itens 27 a 30 deste Parecer; e

vi) a fragilização dos procedimentos regulatórios preventivos atinentes à forte correlação entre investimentos e geração de capacidade, pode ensejar prejuízos de natureza concorrencial, na medida em que tem o potencial de limitar a interoperabilidade ferroviária (Direito de Passagem, Tráfego Mútuo e disponibilização de capacidade a Operadores Ferroviários Independentes), limitando potencialmente as opções dos usuários do serviço público de transporte ferroviário.

38. Ante o exposto, em razão dos aspectos técnicos anteriormente apresentados, recomenda-se à ANTT:

i) que proceda à disponibilização de toda a documentação utilizada para subsidiar as análises no contexto das Audiências Públicas, notadamente a Análise de Impacto Regulatório – AIR, documento base para a proposta de alteração da Resolução ANTT nº 3.761, objeto da Audiência Pública ANTT nº. 004/2017;

ii) que reavalie a proposta de alteração da Resolução ANTT nº 3.761/2011, no sentido de proceder ajustes com o objetivo de alinhá-la às melhores práticas regulatórias para a atividade de acompanhamento de investimentos de concessionárias de serviço público concedido, em sintonia com metodologias já adotadas por outros organismos reguladores de serviços públicos no Brasil, conforme demonstrado, e com as diretrizes e requisitos estabelecidos pelo Projeto de Lei de Conversão nº 3/2017 (conversão em lei da Medida Provisória nº 752/2016), recentemente aprovado pelo Congresso Nacional.

À consideração superior

FÁBIO COELHO BARBOSA

Coordenador de Transportes, Infraestrutura Urbana e Recursos Naturais

ANDREY GOLDNER BAPTISTA SILVA

Coordenador-Geral de Transportes, Infraestrutura Urbana e Recursos Naturais

De acordo.

DANIEL PALARO CANHETE

Subsecretário de Análise Econômica e Advocacia da Concorrência, Substituto

MANSUETO FACUNDO DE ALMEIDA JUNIOR

Secretário de Acompanhamento Econômico