



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 46/COGTL/SEAE/MF

Brasília, 03 de março de 2017.

Assunto: Audiência Pública nº 010/2016 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com o objetivo de tornar público e colher contribuições sobre os estudos técnicos acerca da prorrogação antecipada do prazo de vigência contratual da concessionária de serviço público de transporte ferroviário América Latina Logística Malha Paulista S.A.

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 010/2016, 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 7.482, de 16 de maio de 2011.¹

2. A mencionada audiência pública tem o objetivo tornar público e colher contribuições sobre os estudos técnicos acerca da prorrogação antecipada do prazo de vigência contratual da concessionária de serviço público de transporte ferroviário América Latina Logística Malha Paulista S.A (ALLMP).

¹ Redação dada pelo Decreto nº 8.391, de 16 de janeiro de 2015.

1.2 Histórico

3. A ALLMP detém a outorga para a exploração, sob a forma de concessão, do serviço de transporte ferroviário na denominada Malha Paulista, por meio de contrato de concessão de 22 de dezembro de 2008, formalizado inicialmente pela Ferrovia Bandeirantes (Ferrobán), com prazo de duração de 30 anos. Em maio de 2006, por meio da Resolução ANTT nº. 1.471, de 31 de maio de 2016, a ANTT autorizou a aquisição do controle da Ferrobán pela América Latina Logística (ALL).

4. A configuração inicial da concessão se constituiu de uma extensão total de 4.186 km de malha, em bitolas larga (1.463 km), estreita (2.427 km) e mista (296 km). A malha inicialmente concedida foi posteriormente cindida, por meio da transferência da parcela correspondente à bitola métrica para a ALL Malha Sul e Ferrovia Centro Atlântica (FCA) em 2000 e 2005 respectivamente, resultando na configuração atual da malha, constituída de bitola larga (1.463 km), bitola mista (283 km) e bitola métrica (243 km), conforme Figura 01.



Fonte: Elaborado por LabTrans/UFSC

Figura 01 – Configuração da Malha Paulista (Fonte: ANTT)

5. A malha é constituída de corredor ferroviário estratégico que estabelece a conexão entre os Estados de São Paulo e Mato Grosso, importantes centros de produção sucroalcooleira e de soja, respectivamente, com o Porto de Santos/SP. A ferrovia possui área de influência que abrange os Estados do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, Minas Gerais, São Paulo e Paraná, com parcela significativa da produção ferroviária oriunda da movimentação de granéis agrícolas com origem no Mato Grosso e destino ao porto de Santos/SP, caracterizando-se como uma ferrovia de

passagem, que requer uma abordagem regulatória focada no intercâmbio ferroviário, por meio das operações de Direito de Passagem² e Tráfego Mútuo³.

6. O Ministério dos Transportes, por meio da Portaria MT nº 399, de 17 de dezembro de 2015, estabeleceu as diretrizes a serem seguidas pela ANTT para a prorrogação dos contratos de concessão de ferrovias, ressaltando-se que a referida portaria estabeleceu como fundamento para as prorrogações de concessões ferroviárias a realização de novos investimentos visando ao aumento da capacidade de transporte, da segurança e da eficiência na operação ferroviária.

7. A ANTT, por sua vez, editou a Resolução ANTT nº 4.975, de 18 de dezembro de 2015, com o objetivo de estabelecer procedimentos e diretrizes para a repactuação dos contratos de concessão de ferrovias.

8. Mais recentemente, o Governo Federal editou a Medida Provisória (MP) nº 752, de 24 de novembro de 2016, que dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação contratual, prorrogação antecipada e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário⁴.

9. Nesse contexto, a ANTT esclarece que Concessionária América Latina Logística Malha Paulista S/A. requereu, ainda no ano de 2015, o pedido de prorrogação do prazo de vigência contratual, apresentado as razões e os fundamentos pertinentes. A ANTT informa que, com base no art. 3º da mencionada Resolução ANTT nº 4.975/2015, encaminhou Termo de Referência para a ALLMP, que resultou na apresentação pela concessionária, em 14 de janeiro de 2016 (Carta nº 0143/2016, de 22 de janeiro de 2016), de Plano de Negócios e demais informações requeridas para a continuidade do processo de análise do pleito de prorrogação.

² Direito de Passagem: a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento (Resolução ANTT nº. 3.695/2011);

³ Tráfego Mútuo: operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas. Resolução ANTT nº. 3.695/2011);

⁴ Art. 4º Para os fins desta Medida Provisória, considera-se:

I - prorrogação contratual - alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste;

II - prorrogação antecipada - alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

III - relicitação - procedimento que compreende a extinção amigável dos contratos de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

Art. 5º A prorrogação contratual e a prorrogação antecipada dos contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário observarão as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelo disposto nesta Medida Provisória.

(...)

Art. 13. Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Medida Provisória, a relicitação do objeto dos contratos de parceria no setor rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

10. As informações encaminhadas pela ALLMP foram analisadas pela ANTT, que determinou ajustes, ao mesmo tempo em que realizou, ao longo de 2016, discussões técnicas setoriais visando ao aperfeiçoamento dos instrumentos e procedimentos a serem utilizados no processo de prorrogação dos contratos de concessão ferroviária. De acordo com informações da ANTT, a conclusão do mencionado processo resultou na delimitação dos termos da Minuta de Termo de Prorrogação contratual, do Caderno de Obrigações e demais anexos e Estudos Técnicos que são submetidas à análise no contexto da Audiência Pública nº 010/2016.

1.3 Da Estrutura dos Estudos

11. A ANTT procedeu a uma avaliação das condições da concessão da ALLMP, que consistiu de diagnóstico das condições operacionais vigentes, levantamento de encargos devidos em favor do Poder Concedente, ações judiciais existentes e reclamações de usuários, acompanhado de um conjunto de alternativas regulatórias possíveis, dentre as quais a prorrogação dos contratos.

12. De posse desse conjunto de informações, a ANTT realizou um Estudo de Análise de Impacto Regulatório (AIR) das alternativas apresentadas, de forma a permitir a adoção da solução mais adequada, buscando solucionar as questões de natureza operacional e regulatória existentes, seguido da avaliação dos investimentos necessários e do cálculo de valor de outorga aplicável à proposta de prorrogação sob análise.

1.4 Da Síntese dos Estudos

13. Os estudos realizados pela ANTT apresentam um diagnóstico da concessão sob análise, denominado “Caracterização do Problema”, que, em síntese, apresentam os seguintes problemas, sob a ótica operacional:

- i) Saturação da linha tronco (Marco Zero – Santos/SP), em razão da elevada densidade de tráfego atualmente existente;
- ii) Inadequação do estado de conservação das linhas tronco (regular) e ramais (ruim);
- iii) Comprometimento da eficiência e da segurança operacional em razão de elevada quantidade de conflitos em áreas urbanas e do estado da via permanente; e
- iv) Inexistência de tráfego em trechos da malha.

14. Sob a ótica regulatória, por sua vez, a ANTT apresenta os seguintes problemas a serem equacionados:

- i) Necessidade de adequação e atualização dos contratos às boas práticas regulatórias;
- ii) Necessidade de aumento do índice de compartilhamento de infraestrutura (especialmente o Direito de Passagem); e
- iii) Solução da questão relacionada aos encargos do concessionário decorrentes de descumprimento de regras contratuais vigentes, pendências em processos administrativos e reclamações dos usuários.

15. Uma vez realizado o diagnóstico, a ANTT elencou as quatro opções regulatórias disponíveis, *in verbis*:

- i) Opção 1 (nada a fazer): Manter a situação como está atualmente, e aguardar o final da concessão;

- ii) Opção 2 (prorrogação simples): Prorrogar simplesmente o atual contrato de concessão, conforme previsto em sua cláusula contratual, mantendo-se as atuais regras vigentes no contrato de concessão;
- iii) Opção 3 (reequilíbrio com prazo): Promover um reequilíbrio no prazo da concessão, de forma a inserir a obrigação de a concessionária fazer os investimentos necessários, visando reverter o quadro que se encontra atualmente a concessão, sem alterar as regras contratuais vigentes; e
- iv) Opção 4: (prorrogar e repactuar): Repactuar o contrato de concessão, com a inclusão de dispositivos contratuais modernos, atualizando-o às boas práticas regulatórias, com inclusão de investimentos obrigatórios a ser realizado pela concessionária, e, conseqüentemente, extensão do prazo da concessão.

16. A agência também identificou os respectivos atores envolvidos, quais sejam: sociedade, usuários, Poder Concedente e concessionárias, incluindo a VALEC, Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. – por ser detentora da concessão da Ferrovia Norte-Sul (FNS) –, em razão da necessidade de garantia de capacidade de tráfego para o acesso ao Porto de Santos/SP.

17. De posse das alternativas regulatórias disponíveis, a agência realizou a AIR e concluiu pela inviabilidade de aplicação das alternativas i) e ii), em razão de não permitirem a realização imediata de investimentos, de forma a permitir a ampliação da oferta do serviço de transporte, a redução dos custos de transporte e a redução da possibilidade de discriminação dos usuários⁵.

18. Nesse contexto, a ANTT concluiu ser a alternativa iv) a mais adequada, uma vez que permite prorrogar o contrato mediante a repactuação das regras contratuais vigentes, consideradas inadequadas e desatualizadas, de forma a permitir a realização obrigatória de investimentos para aumento da capacidade de transporte, o aumento da eficiência operacional e o amplo acesso à malha ferroviária, com potenciais benefícios à qualidade do serviço prestado ao usuário.

19. Com o objetivo de dotar o contrato de prorrogação proposto dos instrumentos regulatórios necessários, em sintonia com os normativos vigentes, a ANTT estabeleceu cláusulas essenciais, que contemplam diretrizes relacionadas a investimentos Obrigatórios e Não Obrigatórios – vinculados à demanda, boas práticas de regulação e compartilhamento de infraestrutura.

20. Nesse contexto, foi estabelecido no Caderno de Obrigações (Anexo 1 da Minuta de Termo Aditivo ao Contrato) o Plano de Investimentos, o Plano de Metas, os Parâmetros de Desempenho e as Obrigações Complementares, os quais são de cumprimento obrigatório pela Concessionária, com vistas a assegurar a adequada exploração da infraestrutura e do serviço de transporte ferroviário, a preservação dos bens concedidos ou arrendados, bem como a redução e mitigação de impactos socioambientais.

21. O Plano de Investimentos consiste na definição das intervenções obrigatórias a serem realizadas pela Concessionária até o prazo estabelecido, o qual divide-se em: Investimentos obrigatórios e Investimentos condicionados à demanda por transporte ferroviário de cargas.

⁵ Fl. 48 do Relatório Final da Audiência Pública.

22. Os investimentos obrigatórios foram definidos no montante de R\$ 4,72 bilhões, conforme Tabela 21 do Relatório Final⁶, com o objetivo de aumentar a capacidade da ferrovia de 42 milhões de tonelada/ano para 75 milhões de tonelada/ano até 2023.

Tabela 21: Orçamento dos investimentos

GRUPO DE INVESTIMENTOS	ORÇAMENTO ANTT	
	RS	RS MILHÕES
Modernização de Via	549.829.805,69	549,83
Renovação das Instalações Operacionais	4.370.953,04	4,37
Equipamentos TI e TO	244.186.649,27	244,19
Aquisição de Locomotivas	1.584.311.946,38	1.584,31
Aquisição de Vagões	759.818.474,70	759,82
Ampliação de Pátios	99.536.872,97	99,54
Novos Pátios	74.597.350,96	74,60
Duplicação Parcial	13.900.409,37	13,90
Aquisição de equipamentos de Via Permanente	125.763.270,26	125,76
Obras de Redução de Conflitos Urbanos	1.264.640.032,46	1.264,64
TOTAL	4.720.955.765,09	4.720,96
Data-base	Dezembro de 2015	

Fonte: Relatório Final da ANTT

23. Além dos investimentos obrigatórios, a ANTT estabeleceu, no Caderno de Obrigações (fl. 24), a obrigatoriedade de realização de investimentos condicionados à demanda, que se constituem em investimentos necessários à expansão da Capacidade Instalada, na medida em que seja constatada a saturação de determinado Trecho Ferroviário, estabelecendo⁷ que o trecho ferroviário será considerado saturado quando a média de seu nível de saturação nos últimos 3 (três) anos, for superior a 90% (noventa por cento) para o início das ações necessárias do processo de ampliação de capacidade.

24. Adicionalmente, a Cláusula 24.1 da Minuta de Termo Aditivo sob análise estabelece que eventuais diferenças entre os valores estimados nos Planos de Investimentos e aqueles resultantes do projeto analisado e autorizado pela ANTT serão objeto de equilíbrio econômico-financeiro.

25. Relativamente às Metas Contratuais, a proposta contempla o estabelecimento de Metas de Produção por Trecho, prática já consolidada pela Resolução ANTT nº 3.696, de 14 julho de 2011, e de Metas de Segurança, subdivididas nas categorias de Ocorrências (Geral) e Ocorrências Graves⁸.

26. No intuito de definir características essenciais para a avaliação de performance em evolução dos resultados da exploração da infraestrutura e do serviço de transporte ferroviário, em aderência às boas práticas regulatórias, a proposta apresentada pela ANTT propõe um conjunto de Parâmetros de Desempenho direcionadas ao monitoramento do seguinte conjunto de variáveis que refletem o

⁶ Disponível no Relatório Final da Comissão Instituída pela Portaria DG nº 582, de 27 de outubro de 2015, e alterada pela Portaria DG nº 430, de 18 de outubro de 2016 (fl. 68).

⁷ Item 102, fl. 24 do Caderno de Obrigações.

⁸ Item 02, fl. 25 do Caderno de Obrigações.

desempenho da concessão: i) Infraestrutura; ii) Superestrutura; iii) Passagens em Nível; iv) Instalações de Apoio; v) Velocidade Média Comercial, e vi) Desempenho da Frota Principal.

27. Para o equacionamento dos trechos ferroviários sem tráfego, a ANTT conclui que atualmente existem 853 km de linhas (correspondentes a 43% da malha da ALLMP) sem tráfego ferroviário, ressaltando que o Plano de Negócios apresentado pela Concessionária não apresentou solução para esse problema. Nesse contexto, a ANTT esclarece que realizou estudo de demandas por transporte nos trechos ferroviários sem tráfego, verificando que a demanda identificada é baixa em termos de economia de escala, frente aos requisitos de viabilidade econômica do transporte ferroviário. Nesse cenário, a ANTT propôs a realização de inventário, com escopo, prazo de execução e responsabilidade definidas nas Cláusulas 5ª, 6ª, 7ª e 8ª do Anexo V da Minuta de Termo Aditivo ao Contrato, de forma que, uma vez concluído o inventário pela viabilidade econômica na exploração comercial de trechos ferroviários atualmente sem tráfego, a Concessionária será obrigada a prestar o serviço sob condições de desempenho, metas de produção e segurança definidas no contrato e, para os trechos considerados inviáveis, proceder-se-á a devolução do trecho ao Poder Concedente, acompanhado de eventuais indenizações decorrentes de danos ao patrimônio público.

28. Cabe ressaltar que a ANTT realizou uma estimativa prévia dos valores devidos pela Concessionária, no valor de R\$ 1,004 bilhão, que poderá ser ajustado por ocasião da realização do inventário e cuja forma de cobrança a ANTT informa que definirá em razão das contribuições recebidas na audiência pública ora analisada.

29. Relativamente ao requisito de compartilhamento de infraestrutura, a ANTT propõe o estabelecimento de diretrizes operacionais e comerciais, incluindo a fixação de tarifa de Direito de Passagem da VALEC na ALLMP e a livre negociação em relação a demais concessionários e eventuais Operadores Ferroviários Independentes, que se utilizarão da capacidade ociosa decorrente dos investimentos a serem realizados.

30. A ANTT informa no Relatório Final⁹, a existência de estoque de multas decorrentes de descumprimento de obrigações contatuais, que totalizam R\$ 15,82 milhões, sendo R\$ 14,57 milhões com cobrança suspensa por força de decisão judicial.

Tabela 7: Situação dos autos de infração, que resultaram em aplicação de penalidade

Situação	Quantidade	Valor (R\$)
Suspensos judicialmente	79	14.567.539,6
Em cobrança administrativa	4	754.200,00
Pagos pela concessionária	4	499.400,00
Total	87	15.821.139,60

Fonte: ANTT (atualizado em junho de 2016).

31. Quanto às ações judiciais em curso pela Concessionária, a ANTT informa a existência de 35 ações em desfavor da agência e 18 em desfavor da União. Destacam-se dois assuntos objeto de judicialização: i) decisão liminar que suspende os efeitos da Resolução ANTT nº 3.889, de 06 de setembro de 2012 (Item 174, fl. 67 do Relatório) – ressalte-se que as tabelas tarifárias propostas para o processo de prorrogação antecipada são exatamente aquelas objeto de revisão tarifária ocorrida em 2012, razão pela qual a formalização do Termo Aditivo implicaria o reconhecimento

⁹ Disponível no Relatório Final da Comissão Instituída pela Portaria DG nº. 582, de 27 de outubro de 2015 e alterada pela Portaria DG nº. 430, de 18 de outubro de 2016. (fl. 31)

tácito da revisão proposta e, por conseguinte, a perda de objeto do questionamento judicial; e ii) pagamento das parcelas de concessão e arrendamento, num valor estimado pela Comissão da ANTT de R\$ 1,028 bilhão (pagamento efetuado em juízo, mediante seguro-garantia) (Item 176, fl. 67 do Relatório).

32. Finalmente, com base na modelagem proposta, a ANTT informa que apurou o valor de outorga para a prorrogação do contrato de concessão no montante de R\$ 1,285 bilhão, a preços de dezembro de 2015, que será pago em parcelas trimestrais ao longo do prazo do Termo Aditivo, correspondendo a compromissos anuais de R\$ 143,66 milhões, reajustados anualmente pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). A ANTT destaca que os investimentos realizados pela Concessionária entre janeiro de 2016 e a data de início de vigência do Termo Aditivo, no valor de R\$ 291 milhões, deverão ser considerados na modelagem.

33. É a síntese da proposta apresentada pela ANTT.

2. Da Análise

34. A clara identificação do problema, a apresentação de justificativas para a proposição e a explicitação dos normativos legais são procedimentos aplicáveis às melhores práticas regulatórias, constituindo-se em elementos fundamentais para a melhor compreensão da matéria pela sociedade.

35. Nesse contexto, o presente parecer analisa a proposta tela, com foco nas questões concorrenciais e regulatórias.

2.1 Das Metas Contratuais

36. A manutenção da metodologia de Metas de Produção por Trecho Ferroviário, nos termos da Resolução ANTT nº. 3.696/2011, assegura uma atuação regulatória mais refinada, na medida em que permite ao ente regulador atuar pontualmente, com foco específico nos trechos ferroviários, impedindo a atuação da Concessionária focada apenas nos grandes corredores. Quanto às metas de segurança, a proposta apresentada traz uma subdivisão entre categorias de Ocorrências, que passam a ser classificadas como Ocorrências de Caráter Geral e Ocorrências Graves, para as quais se passa a estabelecer limites mais rígidos.

37. A despeito dos avanços apresentados na regulamentação das metas de segurança aplicáveis ao setor ferroviário, há na comunidade técnica nacional e internacional questionamentos sobre a métrica do índice de segurança proposto, Indicador de Acidentes Ferroviários (IAF), que no formato apresentado¹⁰, consiste na razão entre o número total de ocorrências e o produto do número de trens formados no período de apuração e a distância percorrida, conforme constante na fórmula do Item 118 (fl. 26) do Caderno de Obrigações, *in verbis*:

¹⁰ O formato proposto é o mesmo adotado nos contratos de concessão vigentes.

$$IAF = QAF / (NT * DIST);$$

onde:

QAF: quantidade total de acidentes ferroviários ocorridos no período de apuração;

NT: quantidade de trens formados no período de apuração;

DIST: distância percorrida pelos trens formados em quilômetros.

38. O questionamento decorre da tendência do aumento dos trens-tipo (resultante de incorporação de processos tecnológicos – tração distribuída), com o objetivo de aumentar a produtividade do transporte ferroviário. Com isso, na medida em que se operam os mesmos volumes de cargas com trens mais longos, altera-se o denominador do índice, razão pela qual existe uma corrente de entendimento técnico que defende a utilização somente da distância total percorrida pelos trens, desconsiderando o número de trens formados. Considerando a proposta em tela da prorrogação antecipada com vistas a implementar um novo contrato que incorpore as melhores práticas regulatórias, cabe questionar se por ocasião da definição das metas de segurança foi realizado algum estudo no sentido de adequar os índices propostos à configuração operacional vigente nos sistemas ferroviários de alta produtividade.

2.2 Dos Parâmetros de Avaliação de Performance

39. No intuito de definir características essenciais para a avaliação de performance em evolução dos resultados da exploração da infraestrutura e do serviço de transporte ferroviário, em aderência às boas práticas regulatórias, a proposta apresentada pela ANTT propõe um conjunto de Parâmetros de Desempenho direcionadas ao monitoramento das variáveis que refletem de forma objetiva o desempenho da concessão, tais como Infraestrutura, Superestrutura, Passagens em Nível, Instalações de Apoio, Velocidade Média Comercial e Desempenho da Frota Principal.

40. Apesar da grande evolução na proposta apresentada, que estabelece parâmetros objetivos de regulação, variáveis que imprimem transparência e objetividade no exercício da atividade fiscalizatória, os indicadores propostos para o acompanhamento do desempenho da frota operacional parecem não refletir os requisitos de performance desejáveis, visto que há um foco apenas na idade média da frota de locomotivas e vagões. Merece destaque o fato de que há indicadores mais efetivos de performance de material rodante, comumente utilizados em frotas (independente do modal), tais como Confiabilidade e Disponibilidade, razão pela qual sugere-se a reavaliação do indicador proposto para o Desempenho da Frota Principal.

2.3 Dos Trechos Ferroviários sem Tráfego

41. Para os trechos atualmente sem tráfego da concessão da ALLMP, a ANTT propõe a realização de inventário, que, uma vez concluído e indicando a viabilidade econômica na exploração comercial, a Concessionária será obrigada a prestar o serviço sob condições de desempenho, metas de produção e segurança definidas no contrato, enquanto que para os trechos considerados inviáveis, proceder-se-á a sua devolução ao Poder Concedente, acompanhado de eventuais indenizações decorrentes de danos ao patrimônio público.

42. A exploração do transporte ferroviário no padrão tecnológico vigente requer escala (volumes) e regularidade (prazos de contratos), de forma a permitir a amortização dos elevados

custos fixos envolvidos. Considerando a existência de um número significativo de trechos atualmente sem a prestação do serviço e a possibilidade da existência de usuários potenciais atualmente não atendidos, sugere-se que, por ocasião da realização dos inventários, a ANTT adote procedimentos de participação social (audiências e consultas públicas) específicos para os trechos sob avaliação, previamente à decisão final quanto à manutenção da prestação do serviço ou a devolução do trecho.

43. Adicionalmente, tendo em vista a estimativa prévia realizada pela ANTT dos valores devidos pela Concessionária, no valor de R\$ 1,004 bilhão, sugere-se tornar mais claro, na documentação da concessão (minuta de contrato e anexos), o procedimento a ser adotado por ocasião dos eventuais ajustes decorrentes da realização do inventário e a forma de cobrança dos valores envolvidos.

2.4 Das Multas e Ações Judiciais

44. Tendo em vista a existência de um passivo de multas aplicadas pela ANTT e não pagas e de processos judiciais decorrentes de descumprimento de regras contratuais, entende-se como requisito indispensável para a prorrogação proposta a suspensão, por parte da concessionária pleiteante, de todas as ações judiciais em curso, e o efetivo pagamento das multas pendentes (inclusive aquelas suspensas por força de ações judiciais em curso).

45. As multas e os processos judiciais correspondentes decorrem do descumprimento das regras contratuais e a sua flexibilização poderia ensejar entendimento de afronta aos princípios de continuidade e adequação dos serviços, estabelecidos no parágrafo 2º do art. 8º da MP nº 752/2016, que se tornará o marco legal para o processo de prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovias. Nesse contexto, sugere-se que a ANTT estabeleça como requisito ao processo de repactuação proposto a desistência por parte da concessionária de todas as ações judiciais em curso contra a União e/ou ANTT e o pagamento integral de todas as multas pendentes.

2.5 Dos Novos Investimentos e Valor de Outorga

46. A ANTT informa que os investimentos realizados pela Concessionária entre janeiro de 2016 e a data de início de vigência do Termo Aditivo, que de acordo com a ANTT perfazem o montante de R\$ 291 milhões¹¹, deverão ser considerados na modelagem. A MP nº 752/2016, estabelece, em seu art. 6º¹², que a prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente.

47. Cabe ressaltar que os atuais contratos de concessão, que não possuem investimentos obrigatórios, fixam tão somente as obrigações contratuais/metasp de produção e segurança, estabelecendo, de forma indireta, os investimentos necessários ao cumprimento das obrigações contratuais previamente pactuadas.

48. Dessa forma, entende-se que os investimentos já realizados ou em curso de realização sob a égide do atual contrato de concessão caracterizam-se como investimentos necessários ao cumprimento das Metas Contratuais vigentes, não se justificando sua incorporação ao Fluxo de

¹¹ Não foi objeto deste trabalho uma avaliação da metodologia adotada para o cálculo do valor da outorga.

¹² Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º.

Caixa da modelagem da prorrogação proposta, que poderia ser entendido como afronta ao art. 6º da MP nº 752/2016, razão pela qual sugere-se que a ANTT reavalie a inclusão dos investimentos realizados pela Concessionária entre janeiro de 2016 e o início da vigência do Termo Aditivo como novos investimentos no escopo da prorrogação antecipada sob análise.

49. Adicionalmente, recomenda-se avaliar se os investimentos elencados não incorporam dispêndios relacionados a obrigações de manutenção e conservação (dispêndios operacionais – OPEX), que conceitualmente estão vinculados ao atual contrato de concessão e não devem ser incluídos na modelagem de prorrogação antecipada. Finalmente, a parcela correspondente a investimentos para recuperação de trechos que foram objeto de degradação ou abandono não devem ser considerados como investimentos e tampouco serem incorporados na modelagem de prorrogação, visto que possuem natureza indenizatória do contrato atual em curso.

2.6 – Da Extensão do prazo de vigência da Concessão para fins de reequilíbrio

50. De acordo com a Minuta de Termo Aditivo ao Contrato, os pleitos de reequilíbrio julgados cabíveis pela ANTT, poderão ser efetivados pelos seguintes meios conforme disposto no item 28.7.1, “mas não se limitando a estes”¹³. *In verbis*:

28.7.1 Ao final do procedimento indicado na subcláusula 28.6, caso o reequilíbrio tenha sido julgado cabível, a ANTT deverá adotar, a seu exclusivo critério, um ou mais meios para o reequilíbrio que julgar adequados, incluindo, mas não se limitando a:

- (i) revisão do **Valor de Outorga para a Prorrogação do Contrato de Concessão Original**;
- (ii) pagamento direto entre **Concessionária** e União;
- (iii) a extensão do prazo de vigência da **Concessão**, uma única vez, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos; e
- (iv) acréscimo ou supressão de obrigações contratuais.

51. No que se refere a “a extensão do prazo de vigência da Concessão, uma única vez, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos”, cabe ressaltar que o § 3º do art. 5º da MP nº 752/2016 define que a prorrogação contratual deve ocorrer uma única vez, o que poderia impedir a utilização do mecanismo de nova extensão de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato após a prorrogação antecipada. *In verbis*:

Art. 5º A prorrogação contratual e a prorrogação antecipada dos contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário observarão as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelo disposto nesta Medida Provisória.

(...)

§ 3º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, e desde que já não tenham sido prorrogados anteriormente, **os contratos de parceria poderão ser prorrogados uma única vez**, por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato.”

52. Diante desse comando da MP nº 752/2016, sugere-se que a ANTT avalie se realmente é factível fazer uso da extensão de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

¹³ O reajuste tarifário também seria um meio para reequilíbrio.

conforme preconizado no item 28.7.1 da Minuta de Termo Aditivo ao Contrato, pelo fato de se tratar de um termo de aditivo de contrato resultado de uma prorrogação antecipada e da MP definir que a prorrogação deve ocorrer uma única vez.

2.7 Dos Estudos de Demanda e da Capacidade Contratada.

53. Conforme destacado anteriormente, está sendo proposto um Plano de Investimentos com a definição dos Investimentos obrigatórios que resultarão na ampliação da capacidade para 75 milhões de toneladas até o ano de 2023, e os Investimentos condicionados à demanda por transporte ferroviário de cargas, que serão acionados por meio de gatilhos sempre que o trecho ferroviário apresentar média superior a 90% de seu nível de saturação nos últimos 3 anos.

54. Em complemento, o Estudo de Demanda utilizado pela ANTT indica uma demanda para a Concessão sob análise de 37,10 milhões de toneladas/ano em 2016, chegando até 113,98 toneladas ano em 2058, conforme demonstrado na Tabela 12 do Caderno de Demanda. *In verbis*:

Tabela 12: Curva de Demanda final, por Concessionária detentora dos fluxos (2016-2058)

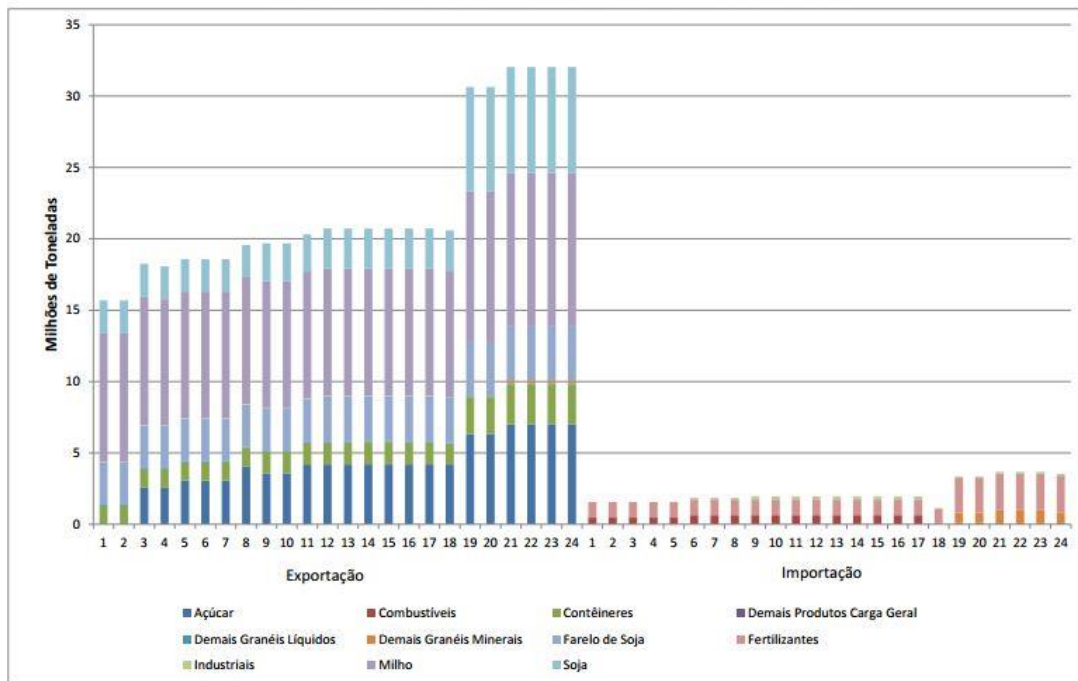
Trecho/Mercadoria	2016	2025	2035	2045	2055	2058
Total	37,10	76,50	90,67	100,15	110,63	113,98
ALLMN	15,59	25,69	28,29	28,71	29,85	30,19
ALLMO	1,24	5,49	6,89	7,68	8,21	8,38
ALLMP	6,12	19,98	22,37	24,15	25,05	25,24
ALLMS	0,22	0,68	1,44	1,92	2,45	2,63
FCA	10,05	14,75	18,06	20,94	24,46	25,54
MRS	3,89	6,14	8,87	10,96	13,71	14,77
Ouro Verde - Três Lagoas	-	3,76	4,74	5,79	6,90	7,24

Fonte: Estudos de Demanda da ALLMP e do LabTrans/UFSC. Caderno de Demanda (fl. 40)

55. No entanto, o mencionado pacote de investimentos obrigatórios, no valor de R\$ 4,7 bilhões, constante do Caderno de Obrigações, garante tão somente uma capacidade contratada de 75 milhões de toneladas/ano até o ano 2023, vez que a ANTT informa que limitou o volume de investimentos obrigatórios para este nível de capacidade, sendo suficiente para atender a demanda até ano de 2025.

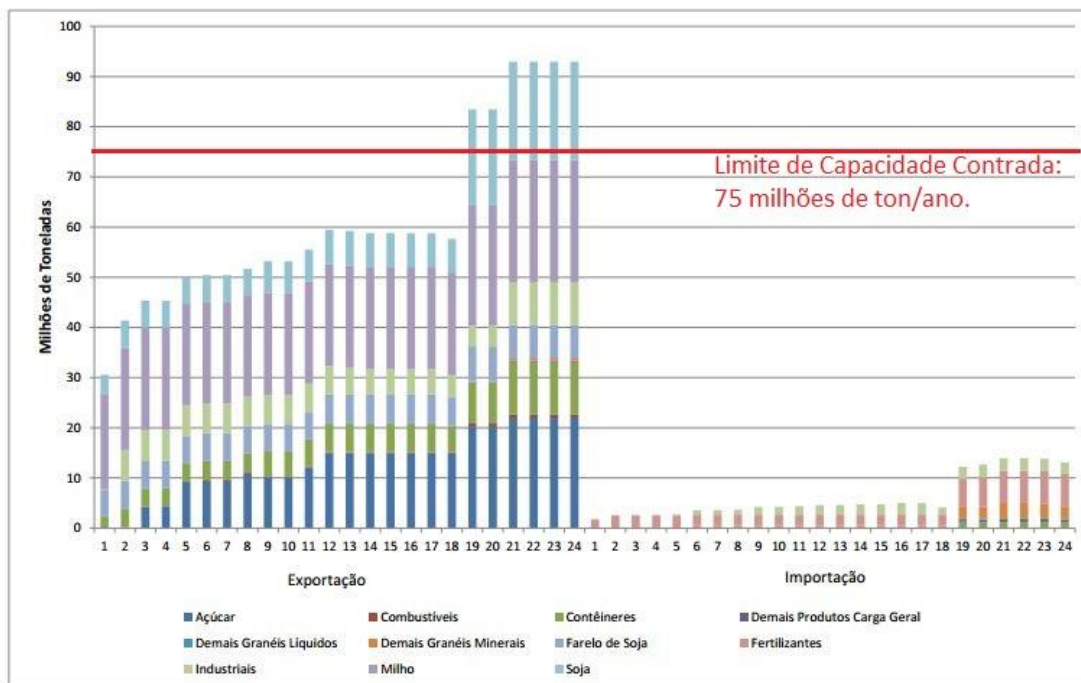
56. As Figuras a seguir, constantes do Caderno de Demanda, demonstram o nível de ocupação da capacidade contratada da concessão, nos anos de 2016 e 2058, respectivamente.

Figura 18: Volumes alocados na Linha Tronco, por segmento ferroviário, sentido e classe de mercadoria (2016) – milhões de toneladas



Fonte: Estudos de Demanda da ALLMP e do LabTrans/UFSC. Caderno de Demanda (fl. 43)

Figura 19: Volumes alocados na Linha Tronco, por segmento ferroviário, sentido e classe de mercadoria (2058) – milhões de toneladas



Fonte: Estudos de Demanda da ALLMP e do LabTrans/UFSC. Caderno de Demanda (fl. 43)¹⁴.

¹⁴ Na Figura 19 foi inserida pela Seae o comentário e a linha para deixar claro o limite de capacidade contratada.

57. Da Figura 19, é possível observar que o volume de demanda é superior à capacidade contratada nos segmentos 19 a 24 em 2058¹⁵, o que implica a necessidade de expansão, por meio de novos investimentos, adicionalmente àqueles estabelecidos no Caderno de Obrigações. No entanto, a ANTT informa, no Caderno de Demanda (fl. 49) que os Estudos Operacionais indicam que "o atendimento da demanda em patamar superior a 80 milhões de toneladas só é possível mediante intervenções de engenharia mais complexas", que resultam em elevado custo de capital. A agência ainda informa que os investimentos necessários para expansão da capacidade de transporte de 75 para 114 milhões de toneladas úteis resultam em VPL negativo, **razão pela qual optou-se, na modelagem proposta, por fixar a capacidade contratada em 75 milhões de toneladas.** *In verbis*:

No caso da Malha Paulista, verificou-se, por meio dos estudos operacionais, que o atendimento da demanda em patamar superior a 80 milhões de toneladas só é possível mediante intervenções de engenharia mais complexas.

Essas intervenções resultam em custo elevado de capital, ensejando uma avaliação econômica para sua efetiva realização. Assim, por meio da análise do fluxo de caixa de projeto, verificou-se que o quociente do Valor Presente Líquido – VPL das receitas de transporte pelo VPL dos investimentos necessários à expansão da capacidade de transporte, de 75 para 114 milhões de toneladas úteis, é inferior a um. Ou seja, as receitas a serem percebidas pela concessionária a partir do patamar de 75 milhões de toneladas úteis seriam insuficientes para remunerar o custo dos investimentos necessários ao atendimento da demanda.

Por esta razão, optou-se, no presente trabalho, por fixar a demanda de transporte ferroviário de cargas na ALLMP até o patamar de 75 milhões de toneladas, o qual é verificado no ano de 2023. A partir daí a demanda é fixada neste patamar.”¹⁶

58. Do exposto até o presente momento é possível concluir que a demanda efetivamente contratada, com base no pacote de investimentos obrigatórios, é suficiente para atender a demanda apenas até o ano de 2025, sendo que após esse ano, eventuais expansões de capacidade deverão ser atendidas por meio de Investimentos Condicionados à Demanda, mecanismo contatual de expansão de capacidade exigível por ocasião da saturação da capacidade instalada, mediante reequilíbrio econômico-financeiro, nas hipóteses em que o Valor Presente Líquido (VPL) do investimento seja negativo. Assim, o atendimento aos investimentos condicionados à demanda se daria por meio do uso de gatilhos de investimentos, desde que os estudos indiquem a viabilidade do negócio e que seja feito o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato para os casos de VPL negativo.

59. Nesse contexto, o reequilíbrio previsto no item 28.7.1 (Meios de Reequilíbrio) da Minuta de Termo Aditivo ao Contrato seria possível por meio das seguintes ações, não se limitando a estas:

- i) da revisão do Valor de Outorga para a Prorrogação do Contrato de Concessão Original;
- ii) do pagamento direto entre Concessionária e União;
- iii) da extensão do prazo de vigência da Concessão, uma única vez, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos; e

¹⁵ Os Estudos de Demanda indicam que já a partir de 2025 a demanda será superior à capacidade instalada, decorrente dos investimentos obrigatórios incluídos no contrato de prorrogação antecipada.

¹⁶ Fonte: Caderno de Demanda, Folha 49.

iv) do acréscimo ou supressão de obrigações contratuais.

60. Quanto à revisão do valor de outorga, a modelagem indicou pagamento de aproximadamente R\$ 1,3 bilhão em 9 anos, conforme disposto no Caderno do Modelo Econômico-Financeira (fl. 55). *In verbis*:

129. O resultado é um valor de outorga de R\$ 1.285,29 milhões a preços de dezembro de 2015, que será pago em parcelas trimestrais ao longo do prazo do Termo Aditivo, correspondendo a compromissos anuais de R\$ 143,66 milhões, reajustados anualmente pela variação do IPCA.

61. Como a previsão de demanda para 2025 já é superior a capacidade, o valor de outorga já terá sido totalmente pago, isto é, esse mecanismo não teria impacto significativo no reequilíbrio.

62. Quanto ao pagamento direto da União à Concessionária, isto é, aporte de recursos, apesar de possível, é forçoso adotar esse mecanismo *a priori* como meio de reequilíbrio. Nessa hipótese, no caso da indisponibilidade de recursos orçamentários para essa despesa, situação recorrente em razão das restrições fiscais do país, o reequilíbrio poderia não ocorrer e, portanto, a expansão da capacidade ficaria prejudicada.

63. No que se refere à utilização do mecanismo de extensão prazo, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, há dúvidas quanto à possibilidade do seu uso conforme disposto na seção 2.7 deste parecer. Além do disposto na MP nº 752/2016, não seria defensável admitir a possibilidade de prorrogação para contemplar investimentos que indicam ser necessários na modelagem desenvolvida, porém não incorporados no Fluxo de Caixa do negócio em razão da sua inviabilidade econômico-financeira, e a consequente necessidade de reequilíbrio contratual.

64. Por fim, há a possibilidade de acréscimo ou supressão de obrigações contratuais, fato este de difícil aplicação no caso em tela.

65. Finalmente, ainda há a possibilidade de adoção do mecanismo de ajuste tarifário como instrumento de reequilíbrio. Convém salientar que esse mecanismo possui pouca efetividade nos sistemas de regulação por tarifa-teto (*price cap*), tendo em vista ser a tarifa teto apenas um referencial máximo para balizar os valores dos fretes cobrados, que variam em razão de características tais como prazo de contratos e volumes transportados. Ainda assim, caso se adotasse uma majoração do teto tarifário como variável de reequilíbrio junto ao Fluxo de Caixa do negócio, dada a magnitude dos investimentos envolvidos, conforme informado pela própria ANTT, possivelmente os valores tarifários resultantes seriam desproporcionais, o que poderia resultar em tarifas ferroviárias superiores às tarifas rodoviárias, subvertendo a lógica tarifária e a consequente participação do modal ferroviário.

66. Do exposto, até o presente não está claro qual dos meios disponíveis para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente da realização de Investimentos Condicionados à Demanda que resultem em um VPL negativo seria passível de ser utilizado.

67. Reforça essa incerteza a ausência de estimativas dos investimentos potencialmente necessários para o atingimento da capacidade em volumes compatíveis com a demanda prevista, de forma a permitir uma avaliação de quais meios de reequilíbrio poderão ser utilizados. A ausência dessa informação enseja riscos para o Poder Concedente, na medida em que se procede a uma

prorrogação contratual sem o devido esclarecimentos dos possíveis impactos, principalmente quando há dentre os meios de reequilíbrio a previsão de aporte de recursos por parte da União,

68. A título de ilustração, a modelagem de concessões de aeroportos atualmente em curso apresenta todas as estimativas de investimentos a serem realizados na concessão durante seu prazo de vigência, sejam os investimentos obrigatórios, sejam aqueles vinculados a gatilhos de investimentos, ainda que estes não tenham caráter vinculante, constituindo-se de valores indicativos. Para o caso sob análise, diferentemente da modelagem utilizada para os aeroportos, não há estimativas de investimentos condicionados à demanda no Fluxo de Caixa Descontado do negócio, o que se mostra imprescindível, de forma a permitir uma avaliação do Poder Concedente, do volume de obrigações que podem vir a ser necessários sob a forma de aporte de recursos públicos potencialmente envolvido no modelo de prorrogação proposto, caso os demais mecanismos de reequilíbrio não sejam possíveis

69. Em síntese, a prorrogação antecipada proposta exigirá investimentos obrigatórios que resultarão na ampliação de capacidade para atender a demanda estimada até o ano de 2025. O suprimento da capacidade necessária ao atendimento da demanda estimada para todo o prazo da concessão, considerando a prorrogação, se dará pelos gatilhos de investimento, mediante os meios de reequilíbrio econômico-financeiro, para os casos de projetos que resultem em VPL negativo. No entanto, não há clareza sobre qual mecanismo se mostra aplicável, sendo que para o caso de possível uso de aporte de recursos públicos, deve-se considerar que a proposta em tela trata de uma prorrogação antecipada para o qual o Poder Concedente abre mão dos mecanismos de potencial fomento à competição inerentes a um novo processo licitatório.

70. Esse cenário se reveste de maior incerteza, na medida em que não há uma estimativa dos investimentos requeridos para fazer frente aos volumes de demanda ao longo do prazo de vigência da prorrogação proposta.

71. Merece destaque ainda o fato de os eventuais valores devidos ao Poder Concedente, em decorrência da inexecução do Contrato de Concessão Original **não terem sido considerados no cálculo do valor da outorga**, conforme informação disponibilizada no Item 13 do Caderno do Modelo Econômico-Financeiro (fl. 05). *In verbis*:

3. Eventuais valores devidos ao Poder Concedente, em decorrência da inexecução do Contrato de Concessão Original também são desprezados na valoração da Outorga, e serão tratados mediante a realização de inventário posterior à celebração do Termo Aditivo, que resultará na apuração de eventual indenização a ser paga pela Concessionária.

72. Por outro lado, o Relatório Final da Comissão Instituída pela Portaria DG nº. 582, de 27 de outubro de 2015, e alterada pela Portaria DG nº. 43, de 18 de outubro de 2016, informa, em seus Itens 160 e 161 (fl. 65), que **foi estimado pela ANTT, a título de ressarcimento, o valor de R\$ 1,004 bilhão**, suscitando algumas alternativas de cobrança, dentre elas, a possibilidade de cobrança do valor estimado previamente à celebração do Termo Aditivo ao Contrato e apuração detalhada durante a execução contratual (realização do Inventário da Malha Paulista), sendo a diferença entre o estimado e o apurado, objeto de encontro de contas, ressaltando que a partir das contribuições obtidas no curso da Audiência Pública nº. 10/2016 e em função dos desdobramentos do processo legislativo referente à MP nº 752/2016, a ANTT avaliará a melhor opção regulatória para dirimir a questão referentes aos débitos da Concessionária e do Contrato de Arrendamento (*in verbis*):

161. Para isto, as seguintes alternativas foram suscitadas, quanto à forma de cobrança dos valores devidos ao Poder Concedente: i) cobrança dos valores devidos, previamente à celebração do Termo Aditivo; ii) **cobrança do valor estimado, previamente à celebração do Termo Aditivo e apuração detalhada durante a execução contratual (realização do Inventário da Malha Paulista), sendo a diferença entre o estimado e o apurado, objeto de encontro de contas;** e iii) estimar o valor devido para se conhecer a magnitude do problema. Em seguida, calcular o valor exato, a forma de apuração e a cobrança, durante a execução contratual, por meio da realização do Inventário da Malha Paulista.

162. A partir das contribuições, que serão recepcionadas durante o processo de Audiência Pública, bem como dos desdobramentos do processo legislativo referente à Medida Provisória nº 572/2016, a ANTT avaliará a melhor opção regulatória para dirimir a questão referente aos débitos da Concessionária e do Contrato de Arrendamento. (grifos nosso)

73. Dessa forma, sugere-se à ANTT que avalie dentre os cenários a serem estudados a possibilidade de inclusão do valor estimado de indenização no fluxo de caixa do negócio e que se analise o potencial de conversão desses valores, eventualmente acrescidos do valor de outorga estimado, em investimentos adicionais a serem incorporados ao pacote de investimentos obrigatórios, com o objetivo de permitir uma avaliação do impacto dos investimentos obrigatórios para o atendimento da demanda estimada e do potencial de redução de eventuais aportes públicos, caso estes se tornem necessários.

74. Ante o exposto, as informações apresentadas levam à conclusão de que os novos investimentos obrigatórios decorrentes do processo de prorrogação antecipada não seriam suficientes sequer para suprir a demanda projetada no período de vigência do atual contrato de concessão. Desta forma, sugere-se à ANTT mensurar, ainda que com caráter informativo, os potenciais investimentos vinculados à demanda necessários durante a vigência da prorrogação proposta, além demonstrar, em razão dos potenciais valores envolvidos, quais dos meios para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato poderão ser aplicados. Adicionalmente, sugere-se que sejam avaliados mecanismos alternativos, a exemplo da proposta contida no item 73 deste Parecer, que permitam incluir uma parcela significativa desses investimentos na categoria de investimentos obrigatórios, de forma a se evitar dificuldades na regulação dos investimentos que se demonstram necessários no médio e longo prazos da vigência do contrato a ser prorrogado.

3. Da Análise do Impacto Concorrencial

75. Para avaliar as consequências prováveis da proposta em tela sobre a concorrência nesse mercado em específico, utiliza-se metodologia desenvolvida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁷. A metodologia consiste de um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. O impacto competitivo poderia ocorrer por meio de: 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.

¹⁷ 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.

76. De posse dessa metodologia, duas análises em específico serão realizadas a respeito do uso do instituto da prorrogação antecipada e do compartilhamento da infraestrutura, requisito indispensável para o intercâmbio ferroviário.

3.1. Do instituto da Prorrogação Antecipada

77. Realizando uma análise a luz do manual da OCDE, em tese, pode-se afirmar que a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão da ALLMP mediante a inclusão de novos investimentos poderá causar impacto negativo na concorrência, uma vez que substitui a realização de uma nova licitação pela renovação contratual que limita o número ou variedade de fornecedores de prestar o seu serviço (1º efeito), seja limitando a capacidade dos fornecedores de prestar bens ou serviços, seja elevando significativamente os custos de entrada ou saída do mercado.

78. Do ponto de vista concorrencial e regulatório, a licitação é um momento importante para mercados monopolísticos de prestação de serviços públicos, pois promove a concorrência pelo mercado além de dar transparência de todas as informações que estão envolvidas no processo. Esta concorrência possibilita que diversos agentes econômicos realizem suas próprias projeções sobre o futuro e façam suas ofertas para obter o direito de exploração dos serviços. Assim, a licitação permite que os agentes concorram, o que tende a levar a que o agente mais eficiente obtenha o direito de exploração do serviço, promovendo efeitos positivos para toda a sociedade. Cabe ainda mencionar, que a concorrência comportará um ajuste contratual modernizado de acordo com as práticas então vigentes, incorporando melhorias advindas da curva de aprendizado experimentada pelo poder concedente.

79. Nesse sentido, o uso do instituto da prorrogação antecipada *per se* limita a concorrência pelo mercado, pois levará à realização de rodadas de licitação a intervalos mais longos, limitando a oportunidade de outras empresas disputarem a exploração do serviço público num procedimento licitatório. Reduz, portanto, os incentivos dos agentes privados na disputa por concessões públicas, e restringe as oportunidades de entrada de novas empresas no mercado brasileiro de concessões.

80. No entanto, cabe ressaltar que a regra geral, isto é, a licitação, pode ser afastada mediante a apresentação de argumentos que comprovem a vantagem do uso da prorrogação antecipada. Nesse contexto, a MP nº 752/2016 trouxe em seu art. 8º comando para que o órgão ou a entidade competente apresente estudo técnico que fundamente a vantagem das prorrogações do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento¹⁸.

81. Desta forma, conforme mencionado anteriormente, a ANTT realizou uma Análise de Impacto Regulatório no qual avaliou quatro opções, sendo que a prorrogação e repactuação foi considerada pela agência a mais adequada, uma vez que permite prorrogar o contrato mediante a repactuação das regras contratuais vigentes, consideradas inadequadas e desatualizadas, de forma a permitir a realização obrigatória de investimentos para aumento da capacidade de transporte e aumento da eficiência operacional, bem como o amplo acesso à malha ferroviária, com potenciais benefícios à qualidade do serviço prestado ao usuário. Concluiu ainda, no item 138 do Relatório

¹⁸ Art. 8º Caberá ao órgão ou à entidade competente apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem das prorrogações do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento. No caso em análise, o estudo apresentado teve caráter predominantemente qualitativo.

Final da Comissão Constituída pela Diretoria-Geral da ANTT, a importância da apresentação à sociedade do AIR, *in verbis*:

138. Como resultado da presente AIR, a opção nº 4 mostrou-se a mais adequada para o atingimento dos objetivos da política pública. Ressalva-se que esta questão será apresentada à sociedade, mediante processo de participação e controle social, visando aprimorar o método, os dados utilizados, bem como sua conclusão.

82. Nesse contexto, a ANTT apresentou uma análise qualitativa por meio do AIR que comprovariam a vantagem do uso do instituto da prorrogação antecipada *vis-à-vis* a realização de novo procedimento licitatório. No entanto, como o art. 8º da MP nº 752/2016 define a necessidade de apresentação de estudo técnico que fundamente a vantagem das prorrogações do contrato, recomenda-se que a ANTT que avalie a possibilidade de incorporar uma análise quantitativa ao referido estudo técnico a ser apresentado, de forma a conceder maior robustez aos argumentos que justifiquem a vantagem de se fazer a prorrogação antecipada em vez de realizar uma nova licitação, considerando, inclusive, aspectos concorrenciais. Essa recomendação é reforçada em razão da potencial necessidade de realização reequilíbrio econômico-financeiro para fazer frente aos investimentos condicionados à demanda, indispensáveis para se alcançar o patamar de capacidade superior aos 75 milhões de toneladas/ano.

3.2. Do Compartilhamento da Infraestrutura

83. No caso sob análise, tendo em vista tratar-se de atividade com características de monopólio natural, há a possibilidade de limitação das opções dos usuários, caso não haja efetividade na regulamentação do compartilhamento da infraestrutura, requisito indispensável para o intercâmbio ferroviário.

84. A proposta apresentada pela ANTT propõe, como regra geral, que as questões comerciais e operacionais entre as concessionárias visitantes e visitadas sejam pautadas, por livre negociação, por meio de Contrato Operacional Específico (COE), nos termos da regulamentação vigente. Os Operadores Ferroviários Independentes (OFI), segundo informações apresentadas pela ANTT na sessão presencial realizada em 26 de janeiro de 2017, utilizarão a capacidade ociosa decorrente dos investimentos a serem realizados pela concessionária, também mediante livre negociação.

85. Para o caso específico da FNS, dada sua característica estruturante, foi proposto o estabelecimento de diretrizes operacionais e comerciais, incluindo a fixação de tarifa de Direito de Passagem, nos Termos do Anexo 8 da Minuta de Contrato de Concessão, de forma a dar segurança jurídica necessária ao futuro concessionário responsável pela exploração do denominado Tramo Sul da FNS. No entanto, da análise da minuta do Contrato de Concessão e seus Anexos, observa-se que as diretrizes operacionais e comerciais estabelecidas são condições necessárias, mas não suficientes, tendo em vista o requisito da existência de capacidade disponível nos montantes exigidos pela FNS, aparentemente não é assegurado pelas diretrizes propostas, razão pela qual recomenda-se à ANTT avaliar a conveniência de previsão de um contrato de demanda firme, entre a VALEC e ALLMP, de forma a prover a demanda mínima necessária às operações de intercâmbio ferroviário.

86. Outro aspecto que merece destaque é o fato de a Sociedade de Propósito Específico (SPE) exploradora da Concessão da Malha Paulista ter o seu controle acionário vinculado a empresa exploradora de atividades no setor sucroalcooleiro, e que se constitui em um importante usuário do

sistema logístico concedido. Esse fato, em tese, gera conflitos de interesse com os demais usuários da ferrovia, notadamente em cenários de baixa disponibilidade de capacidade ociosa, com efeitos negativos sob o aspecto concorrencial.

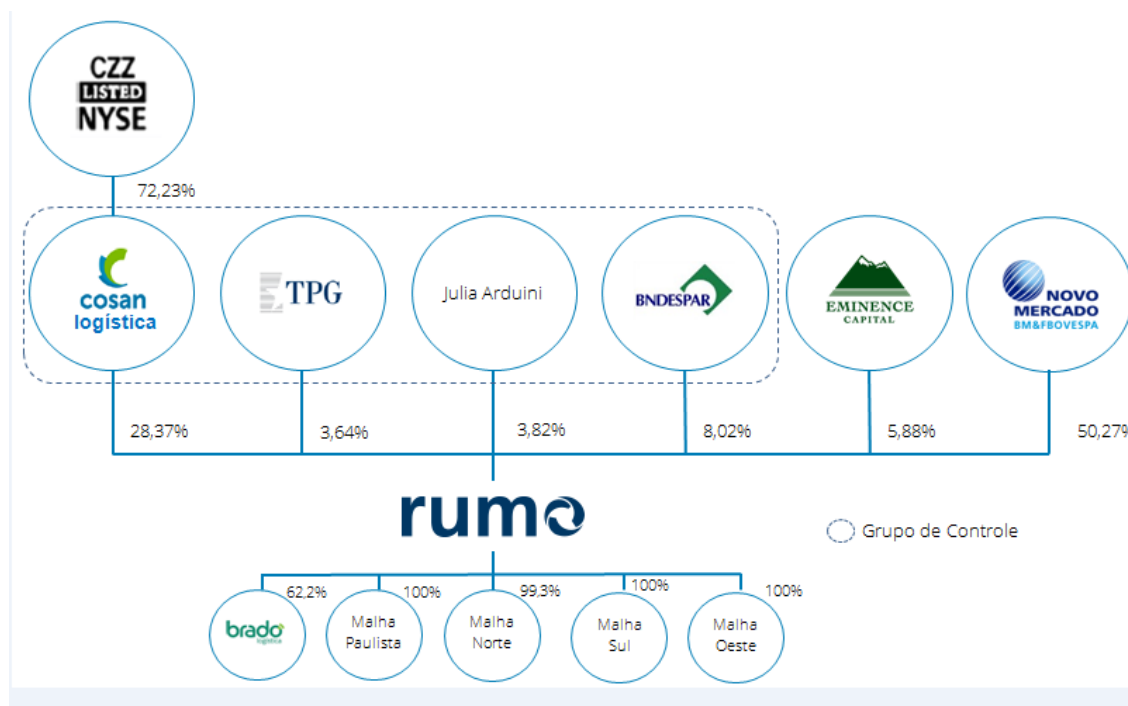


Figura 02 – Estrutura Societária da Rumo (Fonte: Rumo Logística¹⁹)

87. Essa preocupação foi materializada por ocasião do Acordo em Controle de Concentrações nº. 08700.000871/2015-32, em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) analisou a incorporação das ações da ALL pela Rumo, que possui como maior acionista a COSAN Logística, sendo, portanto, detentor da prerrogativa de indicar a maioria dos membros do Conselho de Administração.

88. Na ocasião, o Cade informou que a operação foi submetida à análise da ANTT, que aprovou a operação, por entender que, “a despeito da potencialidade de efeitos anticompetitivos decorrentes da operação, as ferramentas regulatórias existentes seriam suficientes para coibir eventuais condutas abusivas por parte da NOVA COMPANHIA” (grifos nossos).

89. Dentre as medidas preconizadas pelo Cade com o intuito de minimizar as preocupações de ordem concorrencial, destaca-se a recomendação de adoção de ações necessárias para assegurar a disponibilização de capacidade de transporte ferroviário para o uso de terceiros (Direito de Passagem ou Tráfego Mútuo), dotado de cronograma que não comprometa a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas (*in verbis*):

2.14. Nos trechos ferroviários em que **não existam condições para o exercício de direito de passagem ou tráfego mútuo, os investimentos de expansão poderão ser efetuados** pela NOVA COMPANHIA ou pelo Usuário, conforme aplicável. A responsabilidade pela aprovação técnica do projeto, bem como a

¹⁹ Disponível em: <http://ri.rumolog.com/ptb/estrutura-societaria>. Acesso em 30/01/2017.

supervisão da execução das obras será sempre da NOVA COMPANHIA, inclusive nos casos de investimentos de expansão de capacidade suportados pelo Usuário.

2.14.1. **A realização dos investimentos deverá atender o cronograma que não comprometa a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas.** (grifos nossos)

90. Ocorre que o patamar estabelecido pela ANTT para acionar a obrigação de investimentos não obrigatórios para aumento da capacidade, nos termos da Cláusula 10.1.1 da minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão e dos Itens 102 e 103 do Caderno de Obrigações parece ser insuficiente para assegurar a adequada prestação do serviço concedido. *In verbis*:

102. O Trecho Ferroviário será considerado saturado quando a média de seu nível de saturação nos últimos 3 (três) anos, for superior a 90% (noventa por cento).

103. Em até 60 (sessenta) dias contados a partir da data em que for comunicada da saturação em determinado Trecho Ferroviário, deverá a Concessionária submeter à aprovação da ANTT um estudo que aponte as intervenções necessárias, de forma a reduzir seu nível de saturação a valor inferior a 90% (noventa por cento). (grifos nossos)

91. O patamar de saturação estabelecido pela ANTT resulta numa capacidade disponível muito baixa, o que, em princípio, pode inviabilizar a prática do intercâmbio ferroviário, vez que a disponibilidade de capacidade é requisito indispensável para a interoperabilidade. Acrescente-se o fato de que operação de sistemas em rede, como é o caso da operação ferroviária, demanda um nível mínimo de capacidade disponível (usualmente denominada “reserva de contingência”) para permitir eventuais reprogramações inerentes aos ajustes operacionais, decorrentes da dinâmica operacional²⁰.

92. Cabe registrar que o instrumento de monitoramento da capacidade ferroviária adotado pela ANTT, denominado Declaração de Rede, já adota o patamar de caracterização de saturação de 80% da capacidade instalada, o que resulta em índice de capacidade disponível de 20%, portanto superior aos 10% apresentados na proposta sob análise.

93. Salienta-se que a regra proposta estabelece a caracterização da saturação pautada na ocorrência da média de nível de saturação nos últimos três anos, fato que pode replicar eventuais conflitos de capacidade por prazo demasiadamente longo, potencializando eventuais efeitos nocivos às práticas concorrenciais.

94. Nesse contexto, o percentual de capacidade ociosa mínimo de 10% e o prazo de apuração do referido limite estabelecido pela ANTT para dar início ao processo de realização de novos investimentos não obrigatórios para o aumento de capacidade parecem ser inadequados e em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Cade para garantir que não haja o comprometimento da prestação do serviço ferroviário de transporte de cargas e para que o sistema seja dotado das condições mínimas de competição.

²⁰ Ressalte-se que quanto maior for a eficiência operacional da operadora verticalizada, menor tende a ser a reserva de contingência requerida.

95. Sob a ótica estritamente operacional, o ideal seria a manutenção de índices de ociosidade mais elásticos, de forma a permitir o acesso de terceiros sem restrições, a qualquer tempo. No entanto, a adoção dessa prática resultaria em uma oneração do custo do sistema, com prejuízos ao nível de tarifário a ser adotado, razão pela qual se recomenda a adoção de patamares de capacidade disponível que atendam de forma mínima aos requisitos de contingência e de intercâmbio ferroviário requeridos.

96. Dessa forma, em razão dos argumentos expostos, sugere-se à ANTT avaliar a utilização de mecanismos de garantia de capacidade (contratos de demanda firme) com a VALEC e reavaliar o nível de saturação de rede e o prazo de caracterização requerido para a realização de novos investimentos não obrigatórios para aumento de capacidade, de forma a permitir a manutenção das condições operacionais e concorrenciais recomendáveis.

4. Conclusão

97. Este parecer apresentou considerações sobre os Documentos Jurídicos e Estudos Técnicos referentes à proposta de prorrogação do prazo de vigência contratual da concessionária América Latina Logística Malha Paulista S.A.. Dessa forma, visando o aperfeiçoamento da matéria, a Seae sugere, em síntese, que a ANTT:

- i) Avalie se o parâmetro de Meta de Segurança proposto considera o efeito da configuração operacional pautada em composições ferroviárias de maior capacidade;
- ii) Reavalie o Indicador de Performance de Material Rodante (Locomotivas e Vagões), de forma a incorporar critérios de confiabilidade e disponibilidade operacional;
- iii) Avalie a possibilidade de adoção de procedimentos de participação social para os trechos que serão objeto de realização de inventário previamente à decisão final quanto à manutenção da prestação do serviço ou devolução do trecho;
- iv) Esclareça na documentação relacionada à proposta de prorrogação o procedimento a ser adotado por ocasião dos eventuais ajustes decorrentes da realização do inventário e a forma de cobrança dos valores envolvidos;
- v) Estabeleça como requisito ao processo de prorrogação antecipada do contrato a suspensão por parte da concessionária pleiteante de todas as ações judiciais em curso e o efetivo pagamento integral das multas pendentes (inclusive aquelas suspensas por força de ações judiciais em curso);
- vi) Reavalie a inclusão dos investimentos realizados pela Concessionária entre janeiro de 2016 e o início da vigência do Termo Aditivo como novos investimentos no escopo da prorrogação sob análise, conforme disposto no art. 6º da MP nº 752/2016 e proceda à exclusão de eventuais dispêndios de conservação e manutenção (OPEX) e de recuperação de trechos degradados ou abandonados do montante de investimentos obrigatórios, por se tratarem de dispêndios operacionais e indenizatórios, respectivamente, relativos ao atual contrato em vigor;
- vii) Avalie se realmente é factível fazer uso da extensão de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato conforme preconizado no item 28.7.1 da Minuta de Termo Aditivo ao Contrato, pelo fato de se tratar de um termo de aditivo de contrato resultado de uma prorrogação antecipada e da MP nº 752/2016 definir que a prorrogação deve ocorrer uma única vez;

- viii) Avalie a possibilidade de incorporar uma análise quantitativa ao referido estudo técnico a ser apresentado conforme disposto no art. 8º da MP nº 752/2016, de forma a conceder maior robustez aos argumentos que justifiquem a vantagem de se fazer a prorrogação antecipada em vez de realizar uma nova licitação, considerando, inclusive, aspectos concorrenciais;
- ix) Proceda à mensuração dos investimentos vinculados à demanda potencialmente necessários durante o prazo de vigência da concessão a ser prorrogada e avalie mecanismos alternativos que permitam incluir parcela significativa desses investimentos na categoria de investimentos obrigatórios, a exemplo do descrito no item 73 deste Parecer, de forma a se evitar dificuldades na regulação dos investimentos no médio e longo prazos da vigência do contrato a ser prorrogado;
- x) Reavalie o nível de saturação de rede e o respectivo prazo de caracterização requerido para a realização de novos investimentos não obrigatórios para o aumento de capacidade, de forma a permitir a manutenção de condições operacionais e concorrenciais mínimas;
- xi) Avalie a conveniência de se estabelecer contrato de demanda firme de capacidade na Malha Paulista entre a VALEC e/ou concessionária responsável pela FNS e ALLMP.

À consideração superior

FÁBIO COELHO BARBOSA
Coordenador

JÔNATAS BEZERRA DE SOUZA
Coordenador

ANDREY GOLDNER BAPTISTA SILVA
Coordenador-Geral

De acordo.

ANGELO JOSÉ MONT'ALVERNE DUARTE
Subsecretário de Análise Econômica e Advocacia da Concorrência

MANSUETO FACUNDO DE ALMEIDA JUNIOR
Secretário de Acompanhamento Econômico