



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - SEDE
SUBPROCURADORIA-GERAL DE MATÉRIA REGULATÓRIA

PARECER n. 00149/2024/PF-ANTT/PGF/AGU

NUP: 50500.294386/2023-42

INTERESSADOS: MRS LOGISTICA S.A. E OUTROS

ASSUNTOS: Transporte Ferroviário. Projeto associado. Subsidiária integral.

TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS. CONCESSÃO. MRS LOGÍSTICA S.A. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO - SPE. PLEITO DE AUTORIZAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO DE PROJETO ASSOCIADO. PROJETO PARATY. RESOLUÇÃO Nº 5.746, DE 2018. CONSTITUIÇÃO DE SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL OU CONTRATUAL. TRANSPORTE AQUAVIÁRIO. PROVEITO À CONCESSÃO. MECANISMO DE COMPARTILHAMENTO DE RECEITA. PELA VIABILIDADE JURÍDICA, RESSALVADA A ANÁLISE TÉCNICA PELA SUPERINTENDÊNCIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO - SUFER.

1. RELATÓRIO

1. Retornam os autos a esta Procuradoria Federal - PFANTT, depois de respondidos pela Superintendência de Transporte Ferroviário - SUFER os questionamentos formulados na **COTA n. 04393/2024/PF-ANTT/PGF/AGU** (SEI 23883881). Em síntese, para o adequado enfrentamento do problema, buscava-se esclarecimentos acerca de quais seriam os projetos associados explorados pela MRS Logística S.A. e se o pleito da concessionária, sob o olhar da SUFER, representaria de fato hipótese de projeto associado. Ainda na Cota, solicitou-se informação sobre qual seria a relação jurídica contratual entre hidrovias e ferrovias e pediu-se a juntada do estudo jurídico que teria analisado o Projeto Paraty sob o enfoque da regulação aquaviária.

2. Os autos foram inaugurados pela **Carta nº 695/GREG-MRS/2023**, de setembro de 2023 (SEI 18672435), pela qual a concessionária pleiteia autorização da ANTT para exploração de projeto associado (chamado de Projeto Paraty); conforme Memorial "Projeto Paraty" e "Apresentação" (SEI 18672442 e 22591540), esta iniciativa traria benefícios significativos em termos de competitividade, aumento de receita e volume no modal ferroviário, na medida em que representaria solução logística integrada/multimodal com atuação no transporte hidroviário e operação de terminais que importará em mais volume e resultado para a ferrovia.

3. Segundo esclarece, para tanto, a concessionária criaria empresa subsidiária (MRS Hidrovias) para desenvolver operação hidroviária na Hidrovia Tietê-Paraná, o que atenderia a crescente mercado agrícola do país. Defende que a constituição de uma subsidiária garantiria a conformidade com os padrões contábeis, possibilitando a segregação contábil e financeira entre MRS Logística e MRS Hidrovias e proporcionando uma gestão mais eficiente e transparente dos recursos. Alega que dada a sua natureza, a fiscalização das atividades da subsidiária ficará unicamente a cargo da ANTAQ, ficando a cargo da ANTT apenas o acompanhamento contábil, no âmbito da concessão.

4. Afirma que a nova empresa receberia aporte de capital mínimo, o que bastaria para solicitar as autorizações necessárias para operar conforme a regulamentação da ANTAQ; a nova empresa seria estabelecida com capital próprio, com recursos podendo ser revertidos da distribuição de lucros aos acionistas da MRS Logística, ou através de captação de recursos feita pela própria MRS Hidrovias no mercado; o investimento necessário para aquisição dos ativos, portanto, seria realizado pela nova empresa, garantindo sua independência financeira em relação à concessão.

5. Ao seu pedido, a concessionária ainda juntou Parecer e Nota Técnica elaborados pelo Professor Gustavo Binenbojm (SEI 18672442 e 22591540) que, em resumo, conclui pela legalidade de execução de projeto de serviço hidroviário por intermédio de constituição de nova sociedade empresária subsidiária pela concessionária; considera que o projeto, tal qual concebido, preenche os requisitos normativos e contratuais para ser classificado como associado, afirmando, contudo, que haveria necessidade de prévia autorização pela ANTT em razão da exigência contida no art. 5º da Resolução nº 5.746/2018.

6. A SUFER, por sua vez, na **NOTA TÉCNICA SEI N° 3893/2024/GEREF/SUFER/DIR/ANTT** (SEI 23482254) pondera que a MRS é uma sociedade de propósito específico, cuja conformação tem por objetivo isolar a atividade concedida de outras atividades comerciais dos acionistas controladores, protegendo a concessão dos riscos de eventuais reveses verificados pelas pessoas físicas e jurídicas que constituem a concessionária e evitando a contaminação por atividades estranhas à concessão.

7. Entende que a atividade pretendida pela Concessionária em seu requerimento seria de natureza diversa da prevista no Contrato de Concessão: transporte pelo modo hidroviário. Avalia que a atividade pretendida não se relaciona, ao menos de forma direta, com o objeto da concessão, e haveria dúvidas se a ela pode ser associada. Considera que a realização do transporte pelo modo hidroviário se daria independentemente do transporte ferroviário explorado pela MRS e que seriam distintos os regramentos, características e riscos das atividades de transporte hidroviário das de transporte ferroviário.

8. Ressalta que a necessidade de anuênciam da ANTT para exploração de projetos associados parte da preocupação em tutelar o serviço público de transporte ferroviário, de forma a obstar destinação diversa dos bens da concessão em detrimento da continuidade da prestação do serviço público. Ou seja, o poder Concedente deve ser sempre chamado a avaliar impactos em bens da concessão dos quais a destinação diversa pode representar, potencialmente, prejuízo à prestação do serviço público de transporte ferroviário, tais como: material rodante; armazéns e terminais; oficinas e pátios.

9. Reforça a SUFER ainda que o serviço de transporte ferroviário é atividade sobremaneira complexa, que envolve o interesse público primário de responsabilidade do Concedente, o interesse de todos e de cada um dos usuários do serviço. Solicitara então análise da Procuradoria Federal junto à ANTT - PF/ANTT acerca dos aspectos jurídicos da questão, inclusive sobre a possibilidade de interpretação que permita a MRS executar operação hidroviária pretendida, como projeto associado.

10. Nesse contexto, pretendia ouvir a Procuradoria sobre se a condição de SPE justificaria, por si só, impossibilidade de constituição de uma empresa subsidiária e se, em sendo possível, do ponto de vista jurídico, que a MRS, por meio de projeto associado, constitua empresa com o objetivo de executar operação hidroviária, a autorização, de que trata o art. 7º da Resolução ANTT nº 5.746/2018, poderia ou não lhe ser dada, caso verificado que as medidas mitigadoras propostas pela Concessionária são suficientes para não haver comprometimento da prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas. E ainda, questiona acerca da possibilidade de o regulador vir a exigir medidas extras condicionantes para a obtenção e manutenção da referida autorização.

11. Antes de responder à consulta, esta PFANTT considerou prudente provocar novamente a SUFER a se posicionar; na NOTA TÉCNICA SEI Nº 5462/2024/CONOR/GEREF/SUFER/DIR/ANTT (SEI 24695997), então, aquela Superintendência acrescentou que pela análise dos contratos da MRS, observa-se relevante diversidade no escopo dos seus projetos associados: dali identificou que tais projetos correspondem a atividades cuja atuação tem relação com a concessão em si, ou seja, em nenhum dos projetos associados foi observado objeto no sentido da realização do serviço de transporte mediante outro modo de transporte que não seja o ferroviário.

12. No que se refere à exigência de que a concessionária seja uma SPE, afirma a SUFER tratar-se de cautela para que obrigações oriundas de outros projetos não recaiam sobre as concessionárias e, com isso, se zelaria pela segurança do projeto e pela continuidade do serviço público.

13. Quanto aos projetos associados, a SUFER atesta que, do ponto de vista do interesse público, eles teriam a função de induzir o concessionário a buscar uma maior eficiência econômica na execução do contrato, por meio das oportunidades de negócios que a exploração do bem público lhe oferece, de modo a agregar valor e produtividade à concessão. Relacionariam-se, assim, com a eficiência na utilização dos recursos relacionados à prestação do serviço.

14. Do ponto de vista prático, assevera que a autorização de projeto associado depende da constatação de que não haverá comprometimento da prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas. De toda sorte, entende imprescindível pronunciamento jurídico da PF/ANTT, pois o deslinde da questão necessitaria de uma verificação, do ponto de vista jurídico, se, diante da conjuntura e do que dispõem os instrumentos normativos e contratuais, a MRS pode constituir empresa subsidiária, com o objetivo de executar operação hidroviária. Se atestada sua viabilidade jurídica, é que será possível adentrar na esfera do caso específico.

15. É o relatório; e estas são as razões pelas quais os autos aportam nesta Procuradoria.

16. Passamos, então, à análise que nos compete.

2. ANÁLISE JURÍDICA

17. Como de praxe, deixamos consignada a ressalva de que nossa manifestação limita-se, como deve ser, aos aspectos eminentemente jurídicos que envolvem a dúvida suscitada; é nosso papel responder aos questionamentos formulados exclusivamente a partir da interpretação da legislação, das normas da ANTT e, especialmente, das disposições do Contrato de Concessão firmado com a MRS Logística S/A., cuja prestação – adequada e eficiente - do serviço público de transporte ferroviário de cargas deve ser o norte a guiar as análises desta Procuradoria Federal.

18. Pois bem. A questão posta merece nosso olhar a partir de duas perspectivas: a razão pela qual se exige a constituição de uma sociedade de propósito específico pela concessionária e a possibilidade, ou não, de criação, por ela, de uma subsidiária integral; e o almoldamento da pretensão da concessionária, em relação ao Projeto Paraty, como *projeto associado* em condições de ser aprovado pela ANTT, nos termos da Resolução nº 5.746, de 2018.

19. Nesse sentido é que nos foram formulados os seguintes questionamentos:

I - O fato de a MRS ser uma SPE justifica, por si só, impossibilidade à constituição, por esta, de uma empresa subsidiária, com o objetivo de executar operação hidroviária?

II - Caso seja possível, do ponto de vista jurídico, que a MRS, por meio de projeto associado, constitua empresa com o objetivo de executar operação hidroviária, a autorização, de que trata o art. 7º da Resolução ANTT nº 5.746/2018, poderá ser dada à MRS, caso seja verificado que as medidas mitigadoras propostas pela Concessionária serão suficientes para não haver comprometimento da prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas? Caso haja dúvidas e a ANTT não chegue à conclusão de que tais medidas serão suficientes, poderá o regulador exigir medidas extras condicionantes para a obtenção e manutenção da referida autorização?

20. Para que possamos respondê-los, é preciso começar perquirindo as razões pelas quais se exige a constituição, pela concessionária, de sociedade de propósito especial.

2.1 Da Sociedade de Propósito Específico

21. Com efeito, a quase totalidade dos contratos de concessão geridos pela ANTT (e seus respectivos editais), sejam eles de exploração de infraestrutura ferroviária ou rodoviária, exigem que as concessionárias se constituam como sociedades de propósito específico – SPE.

22. A própria SUFER deixa bastante claro o que motiva a imposição dessa condição: em sendo determinado e delimitado o seu objeto social, cria-se um isolamento da concessionária em relação a outras atividades estranhas ao serviço público delegado; protege-se a concessão dos riscos de eventuais reveses que possam envolver outras frentes; evita-se que obrigações (e dívidas e insucessos) oriundas de outros projetos recaiam sobre as concessionárias e possam assim comprometer a segurança e continuidade do serviço público.

23. Faz todo sentido que assim seja: exigir a constituição de uma sociedade de propósito específico parte da preocupação de que os esforços daquela sociedade empresária sejam dedicados e concentrados àquele projeto concessório; além disso, permite ao regulador acompanhar melhor o cumprimento contratual e aferir, com maior clareza, a higidez financeira da companhia, cuja contabilidade e demonstrativos não envolverão despesas e receitas outras senão aquelas próprias e específicas do serviço público delegado.

24. Embora o Edital não tenha feito essa exigência e tampouco o contrato firmado pela MRS, ainda em 1996, o 4º Termo Aditivo celebrado em 2022 a obrigou a tanto:

28 Estrutura Jurídica da Concessionária

28.1 A Concessionária deverá permanecer, durante todo o prazo do Contrato, como uma **Sociedade de Propósito Específico - SPE**, constituída em conformidade com a lei brasileira, sob a forma de sociedade por ações, com a finalidade exclusiva de explorar o objeto da Concessão.

28.2 A Concessionária estará sempre vinculada ao disposto neste Termo Aditivo, aos instrumentos convocatórios da licitação, à documentação apresentada e aos respectivos documentos contratuais, bem como à legislação e regulamentação aplicáveis.

25. Se ninguém duvida da importância de que a concessionária se invista de propósito específico e, nessa condição, empenhe-se em executar exclusivamente aquele objeto social determinado, paira dúvida sobre a possibilidade de vir a constituir empresa distinta, subsidiária integral, com objeto social distinto, portanto.

26. É bem verdade que não há proibição expressa no contrato nesse sentido. Além disso, como apontado pela concessionária, a vedação, então imposta pela Instrução Normativa DREI nº 10, de 2013, do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração, de que SPEs constituíssem subsidiárias, parece de fato não mais vigorar. De toda sorte, não é objeto desta manifestação e nem interessa a esta Agência eventuais percalços *cartorários* que a concessionária possa enfrentar.

27. Fato é que a resposta mais fácil a tal dúvida seria, por certo, entender pela impossibilidade de que uma SPE possa participar do capital de outra pessoa jurídica, ao argumento de que a criação de outra empresa, por si só, a desvirtuaria de seu intento original. Contudo, esse entendimento ignoraria a complexidade das relações jurídicas modernas e desmereceria outras preocupações do ente regulado, como a de conferir incentivo à atuação eficiente e busca por soluções criativas pela concessionária, e pior, menosprezaría em última medida o interesse público no possível aumento da oferta de mobilidade e de logística a que se propõe aquele projeto (um dos princípios que deve nortear a política setorial, conforme definido no art. 4º da Lei nº 14.273, de 2021 – Lei de Ferrovias).

2.2 Dos projetos associados

28. É possível afirmar que, antes mesmo de a Constituição da República de 1988 ter a *eficiência* incorporada ao rol de princípios a serem observados pela Administração Pública pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 1995) já incentivava ao atribuir, em favor da concessionária, a possibilidade de, no exercício de sua criatividade empresarial, buscar outras fontes de receitas não tarifárias, no seguinte sentido:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras **fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados**, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

29. Também a Lei nº 10.233, de 2001, elenca como cláusula essencial dos contratos de concessão a relativa a *receitas complementares ou acessórias e receitas provenientes de projetos associados*. Nesse sentido, o Contrato firmado com a MRS as tratou da seguinte forma:

18.4 Remuneração

18.4.1 A remuneração da Concessionária advirá do recebimento da Tarifa de Transporte, da Tarifa de Direito de Passagem, da Tarifa de Tráfego Mútuo, e das receitas decorrentes dos projetos associados e das Operações Acessórias, dentre outras formas de remuneração admitidas nos termos da regulamentação da ANTT.

(...)

21 Projetos Associados

21.1 A Concessionária poderá desenvolver projetos associados, **a seu exclusivo critério**, nos termos da regulamentação específica da ANTT.

21.2 O projeto associado percebido e os encargos incorridos durante a sua exploração, não ensejarão reequilíbrio econômico-financeiro.

30. A redação do contrato original firmado com a MRS em 1996 também admitia o exercício pela concessionária de atividades associadas à prestação do serviço público, seu objeto social, ou projetos associados, desde que contabilizadas em separado em contas específicas e sempre com prévia autorização do Poder Concedente. E mais, aquela redação listava, exemplificativamente, a possibilidade de utilização da faixa de domínio, exploração comercial de espaços disponíveis nos imóveis operacionais, prestação de serviços de consultoria técnica e instalação e exploração de terminais intermodais.

31. Embora o 4º Termo Aditivo (fruto da prorrogação antecipada) não tenha replicado a mesma cláusula, tais hipóteses permanecem lícitas e estão reguladas pela Resolução nº 5.746, de 2018 que, é preciso constatar, não se atreveu a listar hipóteses de projetos associados; deu os contornos conceituais, mas optou por não os arrolar, o que, a nosso ver, se deu de modo a não restringir o espaço de inovação que deve ser conferido, com razão, ao privado.

32. Não à toa a cláusula contratual se vale da expressão "a seu critério exclusivo" ao atribuir poderes à Concessionária, e estimulá-la a tanto, de desenvolver projetos associados a partir de sua criatividade empresarial, desde que por certo observadas as normas da ANTT.

33. Para fins daquela Resolução, *projetos associados são a exploração comercial de bens ou prestação de serviços distintos do transporte ferroviário de cargas ou passageiros, das operações acessórias, do tráfego mútuo ou do direito de passagem* (art. 2º, I). É tido, pois, como projeto associado exploração de bens ou a prestação de serviços que **não** se confunda com o objeto da concessão, que **não** envolva, portanto, propriamente o transporte ferroviário concedido.

34. A Resolução não traça maiores delimitações; conceitua o instituto por exclusão: será projeto associado a exploração de bens e prestação de serviços que **não** se enquadrem como transporte ferroviário (seja sob a forma de tráfego mútuo ou direito de passagem) e que **não** se qualifique como operação acessória. Em vista disso, temos que o projeto associado abarca atividades outras, **estranghas de fato à prestação em si do transporte ferroviário**, distintas e apartadas do serviço outorgado, mas não menos legítimas.

35. Tráfego mútuo e direito de passagem, referem-se especificamente à forma como se dá o transporte ferroviário; **tráfego mútuo** é a operação em que um terceiro paga para trafegar de um ponto a outro do trecho concedido, utilizando via permanente, sistema de licenciamento de trens e os recursos operacionais da concessionária; **direito de passagem** é a operação em que um terceiro paga para trafegar de um ponto a outro trecho sob concessão, utilizando-se tão somente da via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária. Isso segundo definição dada pela Resolução nº 5.943, de 2021.

36. Operações acessórias, por sua vez, são aquelas atividades *complementares* ao serviço de transporte ferroviário de cargas, para as quais se permite a cobrança de preço em virtude de sua execução (Resolução nº 6031, de 2023). Ou seja, representam atividades diretamente relacionadas e inerentes à prestação do serviço de transporte ferroviário, como por exemplo, carregamento, descarregamento, enlonamento, manobra e pesagem da carga transportada.

37. No que se refere às operações acessórias, um ponto nos chama a atenção: a resolução admite que sua exploração se dê por *terceiros provedores de operações acessórias cuja composição figure como parte relacionada de concessionária de serviço de transporte ferroviário de cargas* (Art. 1º, §1º da Resolução nº 6031, de 2023). Como parte relacionada à concessionária, compreende a sociedade controladora, coligada ou controlada da concessionária. Em outras palavras, admite que **empresa controlada** pela concessionária preste operações acessórias e, por óbvio, sobre por elas.

38. Para sua melhor compreensão, vale transcrever o dispositivo:

Art. 1º Estabelecer regras para a contratação e a execução de operações acessórias ao serviço de transporte ferroviário de cargas.

§ 1º O disposto nesta Resolução aplica-se às concessionárias, às subconcessionárias ferroviárias, doravante denominadas apenas de concessionárias, observado o § 2º do art. 26 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ao Agente Transportador Ferroviário - ATF e, no que couber, a terceiros provedores de operações acessórias cuja composição figure como parte relacionada de concessionária de serviço de transporte ferroviário de cargas.

§ 2º Entende-se por parte relacionada à concessionária:

I - a **sociedade controladora, coligada ou controlada**, conforme os contratos de concessão, as normas da ANTT e, subsidiariamente, o direito empresarial e as normas contábeis; e

II - a entidade sem fins lucrativos e outros, quando em situação que configure parte relacionada, conforme o direito empresarial e as normas contábeis.

§ 3º Aplica-se aos provedores de operações acessórias, no que couber, a regulamentação específica da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ).

39. Embora a resolução que disciplina os projetos associados tenha sido omissa nesse ponto, a Resolução nº 6.031, de 2023 nos leva a crer que a existência, por si só, de empresa controlada pela concessionária **não** é vedada pela ANTT. Em outras palavras, parece sim possível, ao menos em tese, no universo de concessões reguladas pela ANTT, que uma sociedade de propósito específico detenha capital de outra empresa que, como parte relacionada, execute serviços acessórios ao transporte ferroviário de cargas prestado pela concessionária.

40. Outros elementos nos levam à mesma conclusão. É o que trataremos adiante, depois de analisarmos o projeto específico almejado pela MRS.

2.3

Do Projeto Paraty

41. O Projeto, tal qual apresentado pela concessionária, pretende fornecer ao cliente final da empresa uma solução logística ponta a ponta, entre São Simão (GO), Pederneiras (SP) e Santos (SP), por intermédio da instalação de terminal intermodal (hidroferroviário) que integraria a malha ferroviária da MRS à hidrovía Tietê-Paraná. A concessionária, por meio de uma subsidiária sua, se habilitaria como EBN (Empesa Brasileira de Navegação) junto à ANTAQ, o que lhe garantiria captar novas cargas, impulsionar o crescimento de volumes da ferrovia (grãos e celulose) e fazer crescer a sua participação no mercado agro.

42. Sustenta a concessionária que haveria um risco iminente de interrupção do atual operador hidroviário e a estratégia de verticalização na hidrovía (com a constituição de nova empresa para tanto) representaria uma alternativa competitiva, sólida e segura. Considera que o volume da hidrovía seria baixo frente ao volume transportado pela MRS (apenas 1% do volume total), mas haveria potencial de crescimento do volume de carga geral que pode resultar em compartilhamento de receita nos termos do Fator K previsto no Contrato de Concessão.

43. Além disso, reforça que o Projeto visa a ampliação dos serviços ferroviários; a criação de empresa apartada, segundo defende, traria benefícios como transparência, clareza e segregação das responsabilidades. Lembra que a concessionária apresentou resultados operacionais e econômicos consistentes nos últimos anos e essa performance teria sustentado os investimentos relevantes ao longo desse período.

44. Do que consta destes autos, para além da discussão sobre a possibilidade ou não de constituição de subsidiária integral, o Projeto Paraty parece sim hipótese de projeto associado que deve ser autorizado pela ANTT.

45. De fato, a atividade que se pretende desempenhar não se confunde com o objeto da concessão; passa ao largo de uma operação acessória, e por óbvio, em nada se assemelha ao tráfego mútuo ou direito de passagem.

46. Embora distinto do transporte ferroviário, é preciso reconhecer que a ele interessa diretamente, na medida em que a carga transportada pela hidrovía terá como destino o terminal intermodal para, ao fim e ao cabo, ser transportado pela MRS em sua infraestrutura ferroviária concedida.

47. Nesse sentido, compartilhamos das ponderações do Professor Gustavo Binenbojm no sentido que de que se trata de efetivo “projeto associado” e que parece preencher todos os requisitos normativos e contratuais (sem prejuízo da análise técnica a cargo da SUFER) tendo em vista que, ao tudo indica

- foi concebido, econômica e operacionalmente, apenas em razão da concessão existente;
- não é autônomo, mas um instrumento pensado para que a Concessionária possa desempenhar suas obrigações contratuais de forma mais adequada, eficiente e sustentável;
- é capaz de alavancar a prestação do serviço público ferroviário e, com isso,
- incrementar a arrecadação não apenas de receitas ordinárias, mas também de receitas alternativas que reverterão em prol da concessão;
- além de inequivocadamente apto a gerar incentivos para o desenvolvimento socioeconômico das áreas de influência da malha ferroviária delegada.

48. Quanto à constituição de subsidiária integral, constatado não haver vedação legal ou contratual expressa, seria necessário motivação robusta que pudesse demonstrar justo receio de que a sua criação comprometeria a prestação do serviço público concedido.

49. Não havendo dúvida, como de fato parece não haver, acerca da importância do projeto e do seu grande potencial de incremento do transporte ferroviário operado pela MRS e com maior razão, do proveito ao interesse público, em especial dos produtores agrícolas que passarão a contar com tal solução logística integrada (hidrovía + ferrovia), a imposição de restrição à constituição de subsidiária integral pela concessionária, como freio à dinâmica da atividade empresarial, embora possível, deve ser proporcional ao suposto risco envolvido, sob pena de representar abuso do poder regulatório.

2.4

Da Lei das Agências e da Lei de liberdade Econômica

50. Há algum tempo, a Administração Pública tem buscado, sob várias frentes, a simplificação de formalidades, dispensa de exigências desnecessárias e desproporcionais e, em especial no que se refere à prestação de serviço público pelo particular por meio de delegação, o consequente prestígio às escolhas de gestão empresarial tomadas pela concessionária, de forma a colher dela ganhos de eficiência, criatividade e inovações típicas e esperadas do setor privado.

51. O olhar da Administração Pública deve mirar a preservação do interesse público e apenas nessa hipótese e com essa finalidade é que pode impor restrições ao administrado.

52. Nesse sentido, a **Lei das Agências Reguladoras** (Lei nº 13.848, de 2019):

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

53. Coerentemente, também a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 2019), ao estabelecer as premissas a partir das quais as normas públicas devem ser esmiuçadas pela Administração Pública, almeja afastar o **abuso do poder regulatório**:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de

regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, **evitar o abuso do poder regulatório de maneira**, indevidamente:

- I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;
- II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;
- III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;
- IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou **modelos de negócios**, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;
- V - **aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios**;

(...)

VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas (Grifamos)

54. Tais disposições reforçam qual deve ser o papel da Agência nesse momento: não duvidamos que a exploração de serviço público não é, decerto, atividade sujeita à livre iniciativa. Contudo, muito antes de impor restrições e obstáculos à atuação do concessionário, a ANTT deve ser capaz de promover regulação por incentivos, ou seja, atuar de modo a instigá-la a alcançar seus objetivos de forma criativa, inovadora e eficiente.

55. Segundo bem enfrentado pelo Professor Márcio Iorio Aranha^[11], a regulação por incentivos, mesmo que por meio de orientações estatais impositivas, é uma forma de regular que abre espaço a que os meios e os fins escolhidos para o cumprimento da ordem estatal o sejam via opções de racionalidade do negócio regulado. Oferece assim flexibilidade aos regulados para determinar como alcançar os objetivos regulatórios, fomentando a **inovação e a eficiência**, além de estabelecer uma dinâmica colaborativa entre regulador e regulado, buscando alinhamento entre os interesses do regulado e a sociedade.

56. Em reforço, lançamos mão de trecho de recente Parecer n. 00135/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (50500.120615/2024-74) exarado por esta Procuradoria, oportunidade em que se discutia, também, a regulação por incentivos e cujas conclusões muito interessam ao debate aqui travado:

Não obstante, ressalta-se que uma regulação focada em incentivos apresenta maior vocação à inovação e à eficiência, permitindo que as empresas reguladas não apenas cumpram os requisitos regulatórios, mas também contribuam proativamente para os objetivos das políticas públicas. Ao enfatizar a flexibilidade e a responsabilidade compartilhada, a regulação por incentivos cria condições para que o regulado possa responder de forma mais adaptável e criativa aos desafios regulatórios.

57. Ainda segundo o Professor Márcio Iorio^[12], as propostas mais avançadas de novas teorias regulatórias não são, portanto, de mero relaxamento regulatório, mas de maior inteligência regulatória ponderada entre regulação e espaços de autonomia controlada do regulado. Nesse contexto, não se espera da Agência uma postura inerte, mas sua atuação deve ser condizente e proporcional à finalidade almejada que, na espécie, é a adequada prestação do serviço público em seu aspecto de eficiência, segurança, atualidade e generalidade.

58. **Pelo Projeto Paraty, a concessionária apresenta solução criativa de logística integrada, sequer pensada pelas políticas públicas setoriais e tampouco pelo legislador, que merece o encorajamento pelo Poder Público, a quem também compete oferecer ambiente de segurança jurídica que franqueie espaço e ambiente adequados para o privado empreender, sabendo que, ao fim e a cabo, o interesse público usufruirá do sucesso daquele projeto. E mais, havendo incremento do volume de carga transportado na ferrovia, o Poder Público ainda se apropriará de parte dos ganhos, sabendo que tal contrato de concessão conta com a figura do compartilhamento de receita.**

59. É de se perguntar, assim, se a constituição de subsidiária integral pela concessionária, que venha a se qualificar como autorizatária do transporte hidroviário e, nessa condição, capte cargas a serem transportadas pela ferrovia, pode importar em prejuízo à execução da obrigações contratuais assumidas pela MRS. A resposta, do ponto de vista jurídico, nos parece ser negativa. De toda sorte, esse exercício de juízo técnico recai sobre a ANTT.

2.5 Autorizações ferroviárias

60. Para além das constatações já alcançadas a essa altura, um outro elemento reforça a linha de raciocínio seguida neste parecer.

61. Muito embora a leitura de seus dispositivos já permitissem chegar a essa conclusão, a derrubada dos vetos impostos à Lei das Ferrovias (Lei nº 14.273, de 2021) acabaram por confirmar a possibilidade de que **concessionárias** exploradoras da infraestrutura ferroviária pudessem também figurar como **autorizatárias**, operadoras em regime privado, portanto.

62. Eis o dispositivo promulgado depois de desmerecido o veto presidencial:

Art. 67. Caso, nos primeiros 5 (cinco) anos de vigência desta Lei, a ferrovia pretendida ou oferecida na forma dos arts. 25 ou 26 desta Lei esteja localizada dentro da área de influência de uma concessão ferroviária já existente, o **concessionário terá direito de preferência para obtenção de autorização**, em condições idênticas às constantes do requerimento dos propositores originais ou às protocoladas na proposta vencedora. (Promulgação partes vetadas)

§ 1º O regulador ferroviário definirá a área de influência referida no **caput** deste artigo e oferecerá prazo de até 15 (quinze) dias corridos para que a concessionária se manifeste quanto ao interesse de exercer seu direito de preferência.

63. Ainda não resta definido, pela ANTT, o que deve ser entendido como área de influência; sem prejuízo, é possível

concluir, a partir desse dispositivo legal, que concessionária pode ser também, ao mesmo, autorizatória. Isso significa dizer que, sem impor segregação de contabilidade e demonstrativos ou constituição de empresa apartada, a Lei de Ferrovias admite a convivência, numa mesma SPE, de *mecanismos* completamente distintos de exploração de uma ferrovia.

64. Ao lado de obrigações contratuais, e segundo regras de direito público, a concessionária poderá também ser autorizatória de determinado trecho (ou de novos pátios e instalações acessórias) em relação ao qual terá poderes de construir-lo e explorá-lo enquanto atividade econômica regida pelos princípios da **livre concorrência, da liberdade de preços e da livre iniciativa**. E mais, lembremos que nas ferrovias outorgadas em regime privado, é **livre a oferta de capacidade de transporte** a agente transportador ferroviário, como disposto no art. 9º, §1º da Lei nº 14.273, de 2021.

65. O legislador, portanto, não viu problema algum em que concessionário se aventure em construir ferrovia e explorá-la em regime de direito privado, investido da condição de autorizatório (cujos bens constituintes da ferrovia autorizada não são reversíveis ao poder público); não lhe impôs qualquer exigência ou condição quanto a sua relação de interdependência com a prestação do serviço público concedido.

66. Mais cauteloso teria sido, é verdade, impor a criação de uma subsidiária, de forma a apartar os objetos, as receitas e despesas, e assim proteger o serviço público de eventual insucesso na empreitada privada. Mas é preciso reconhecer que não foi o que o legislador fez.

67. Nesse cenário, em que o ordenamento jurídico permite a convivência, numa mesma sociedade empresária, de exploração de ferrovias em regimes distintos, parece-nos lógico que também se admita a exploração como autorizatória de transporte hidroviário por meio de subsidiária de concessionária de ferrovias, especialmente levando em conta a correlação entre as atividades e o potencial ganho para o serviço público de transporte ferroviário de cargas outorgado.

2.6 Do Regulamento das Concessões Rodoviárias

68. A exigência de que as concessionárias se constituam como sociedades de propósito específico é comum à quase totalidade dos contratos geridos pela ANTT, tenham eles como objeto a exploração da infraestrutura rodoviária ou ferroviária.

69. Não nos passa despercebido que, no que se refere às concessões de rodovias, a recente Resolução nº 6.032, de 2023, Terceira Norma do Regulamento da Concessões Rodoviárias - RCR3, admite expressamente a possibilidade de que a concessionária constitua **subsidiária integral** para desenvolver projeto gerador de receitas não tarifárias, no seguinte sentido:

Art. 73. A concessionária poderá, por sua conta e risco, desenvolver projeto gerador de receitas não tarifárias para exploração de **qualquer atividade econômica** sobre a faixa de domínio, outros ativos da concessão ou mediante **projeto associado**, podendo para isso:

I - constituir sociedade subsidiária integral ou sociedade de propósito específico com objeto:

- a) exclusivo, para exploração para cada uma das atividades que gerem receitas não tarifárias; ou
- b) diverso, para exploração de múltiplas fontes de receitas não tarifárias conjuntamente; ou

II - celebrar:

- a) contrato de permissão especial de uso, quando envolver a exploração da faixa de domínio, observado o disposto na segunda norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias; ou
- b) contrato de receita não tarifária, com terceiro interessado constituído sob forma de pessoa jurídica, nos demais casos. (Grifamos)

70. Aquela resolução busca incentivar que as concessionárias auferam receitas não tarifárias, por meio de **qualquer atividade econômica** sobre a faixa de domínio, outros ativos da concessão ou mediante **projeto associado**; para tanto, podem se valer de subsidiária integral de forma a tornar mais eficiente a exploração de projetos geradores de receitas não tarifárias.

71. Se é verdade que tais disposições aplicam-se, por óbvio, exclusivamente à concessões de rodovias, tal permissivo nos leva a crer que a criação de subsidiária integral, por si só, aos olhos da Agência, não fere ou compromete a prestação do serviço público ou atrai inevitavelmente sérios riscos à sua exploração. Parece coerente que também na concessão de ferrovias aplique-se a mesma lógica.

72. Tal conclusão não afasta, no entanto, essa apreciação por parte SUFER, a quem compete aferir, no caso concreto, se de fato os eventuais riscos seriam suplantados pelos potenciais ganhos ao interesse público.

3. CONCLUSÃO

73. Assentadas as premissas, a partir das quais já seria possível antecipar nosso entendimento, cumpre-nos responder as questionamentos formulados pela SUFER:

I - O fato de a MRS ser uma SPE justifica, por si só, impossibilidade à constituição, por esta, de uma empresa subsidiária, com o objetivo de executar operação hidroviária?

74. Não. A prevalecer a lógica já normatizada pelo RCR3, à concessionária seria permitido constituir subsidiária integral para explorar receitas não tarifárias, seja por meio de qualquer atividade econômica sobre a faixa de domínio, exploração de ativos da concessão ou mediante projeto associado.

II - Caso seja possível, do ponto de vista jurídico, que a MRS, por meio de projeto associado, constitua empresa

com o objetivo de executar operação hidroviária, a autorização, de que trata o art. 7º da Resolução ANTT nº 5.746/2018, poderá ser dada à MRS, caso seja verificado que as medidas mitigadoras propostas pela Concessionária serão suficientes para não haver comprometimento da prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas? Caso haja dúvidas e a ANTT não chegue à conclusão de que tais medidas serão suficientes, poderá o regulador exigir medidas extras condicionantes para a obtenção e manutenção da referida autorização?

75. Parece-nos sim possível, do ponto de vista jurídico, que a MRS tenha seu projeto associado autorizado pela ANTT, se, por óbvio, a SUFER, em seu juízo técnico, considerar atendidos os requisitos para tanto, e nessa condição constitua empresa com o objetivo de executar operação hidroviária.

76. E sim, a ANTT, enquanto órgão regulador, em nome da tutela do serviço público delegado, poderá exigir medidas extras condicionantes para a obtenção e manutenção da referida autorização, desde que por óbvio proporcionais e adequadas à finalidade buscada.

77. Respondidos as questões, por fim, alerto ao apoio desta Procuradoria Federal que, por envolver questões sensíveis à concessionária e diante da preocupação em preservar informações comerciais de seu negócio e de seus parceiros, **os autos tramitam em sigilo, motivo pelo qual, pelo menos de forma transitória, deve ser imposto sigilo também a esta manifestação.**

É o parecer.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2024.

SÍLVIA MACHADO LEÃO
Procuradora Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 50500294386202342 e da chave de acesso 9bb04a92

Notas

1. ^ Aranha, Marcio. *Manual de Direito Regulatorio: Fundamentos de Direito Regulatorio (Portuguese Edition)* (pp. 95-96). Edição do Kindle.
2. ^ Aranha, Marcio. *Manual de Direito Regulatorio: Fundamentos de Direito Regulatorio (Portuguese Edition)* (p. 77). Edição do Kindle.



Documento assinado eletronicamente por SÍLVIA MACHADO LEÃO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1594651846 e chave de acesso 9bb04a92 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): SÍLVIA MACHADO LEÃO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 10-09-2024 11:43. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
