



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico
Coordenação-Geral de Transportes e Logística

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 05 /2008 COGTL/SEAE/MF

Brasília, 18 de fevereiro de 2008.

Assunto: Manifestação SEAE sobre a Audiência Pública n° 78/2008, que propõe critérios gerais para a contratação de uso de Bens Operacionais ferroviários e de expansão da malha ferroviária por investidores não usuários.

1. Introdução

O presente Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias tem como objetivo apresentar o posicionamento desta Secretaria de Acompanhamento Econômico sobre a Audiência Pública n° 78/2008, realizada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. A referida Audiência objetiva colher subsídios à Proposta de Resolução que institui normas gerais para a contratação de uso de Bens Operacionais ferroviários e de expansão da malha ferroviária por investidores não usuários.

A malha ferroviária brasileira consiste de um total de 29.596 quilômetros de linhas, que estão predominantemente concentradas nas regiões Sul, Sudeste, e Centro-Oeste do país¹. A malha brasileira é a sétima maior do mundo em termos de transporte de carga. Todavia, a atual infra-estrutura não é suficiente para atender a demanda por transporte ferroviário, o que implica a transferência de grande parcela do escoamento de *commodities* agrícolas e minerais para o transporte rodoviário, que apresenta menores vantagens comparativas em relação ao modal ferroviário. Como demonstrativo da necessidade de investimentos em expansão de capacidade de transporte da malha ferroviária do país, a densidade das vias ferroviárias no Brasil é aproximadamente 5,8 vezes menor que nos Estados Unidos e muitos corredores de escoamento já operam em sua capacidade máxima.

Visando o aumento da produtividade do transporte de cargas, a integração entre as malhas ferroviárias, a eliminação de restrições operacionais e a integração com as demais

¹ Fonte: ANTT, disponível em <http://www.antt.gov.br/concessaofer/EvolucaoFerroviaria20070914.pdf>

modalidades, a ANTT vem promovendo ações que buscam atualizar o marco regulatório existente. As principais ações até o momento objetivaram deliberar sobre normas e procedimentos de fiscalização e desempenho, definição de metas de produção e segurança, regras de acesso, usuário dependente e destinação de receitas acessórias. A Minuta de Resolução em análise busca introduzir a possibilidade de introdução de novos investidores nas concessões em curso.

Mesmo que o mérito da medida represente um avanço para o marco regulatório do setor, a manifestação desta Secretaria visa a complementar a proposta apresentada pela Agência ao sugerir aprimoramentos no conteúdo que contribuam para um ambiente regulatório mais eficiente e voltado para a ampliação da concorrência. Por conseguinte, não serão discutidos aqui considerações de caráter técnico, para os quais a Agência detém indiscutível expertise. O Parecer se divide na presente introdução, em breve exposição das motivações para a Proposta de Resolução e, em seguida, as considerações desta SEAE acerca dos dispositivos contidos no documento.

2. Da Proposta de Resolução

A Proposta de Resolução parte do princípio de que os Bens Operacionais arrendados pelas concessionárias da extinta Rede Ferroviária Federal são atualmente insuficientes e estão defasados tecnologicamente para permitir às concessionárias o atendimento dos princípios contratuais de regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atualidade na prestação de serviços públicos de transporte ferroviário. Segundo a definição apresentada pela Agência, estão incluídos no rol de Bens Operacionais equipamentos e instalações ferroviárias, tais como linhas, via permanente, pátios, ramais, armazéns e terminais de carga e descarga.

Conforme aponta a Minuta de Resolução, não apenas estariam estes Bens Operacionais inadequados ao pleno atendimento aos usuários e cargas hoje existentes, mas também seriam eles incapazes de responder ao constante crescimento do volume e espectro de cargas transportadas através da malha ferroviária brasileira.

Com especial destaque ao atendimento ao princípio da atualidade – que compreende a modernidade das técnicas, do equipamento, das instalações e da sua conservação e expansão – a Agência objetiva com a Resolução expandir a capacidade de captação de recursos e, assim, ampliar a capacidade de investimento por parte das Concessionárias. Mesmo havendo realizado investimentos da monta de R\$ 2.458,9 milhões na atualização e manutenção das precárias malhas recebidas da RFFSA desde 1996, o esforço de expansão da malha foi insuficiente para atender o crescimento de demanda.² A Agência pretende com a Resolução conferir maior margem de manobra às Concessionárias no que tange ao estabelecimento de parcerias com terceiros investidores. Além da potencial ampliação do volume de investimentos no setor, a medida poderá permitir a assimilação, por parte das

² Fonte: ANTT, disponível em <http://www.antt.gov.br/concessaofer/EvolucaoFerroviaria20070914.pdf>

Concessionárias, de melhores técnicas operacionais e a mitigação de riscos inerentes à atividade.

3. Das Considerações da SEAE

A proposta de Resolução de que trata este Parecer, quando adotada em definitivo, representará avanço significativo em matéria que até o presente momento abarca elevado grau de insegurança regulatória. Não obstante, esta SEAE observa a possibilidade de aprimoramento do texto de acordo com as seguintes considerações, alocadas de acordo com os dispositivos da Resolução a que referem, a saber:

Art. 1º A contratação pelas Concessionárias, junto a terceiros investidores não usuários, de Bens Operacionais para o incremento ou substituição de meios, viabilizando a melhoria e o aumento da capacidade do transporte ferroviário de cargas e de passageiros e a expansão da malha ferroviária, serão regidas por esta Resolução.

Parágrafo Único: A contratação a que se refere o *caput* tem como objeto a implantação, restauração ou a exploração de Bens Operacionais ferroviários ou ainda a expansão e construção da malha ferroviária.

Art. 2º Para efeito desta Resolução entende-se como:

I – Contrato Operacional de Exploração e Uso de Bens Operacionais: contrato firmado na forma desta Resolução, entre a Concessionária e o Investidor Ferroviário não Usuário para a utilização de Bens Operacionais na exploração do serviço público de transporte ferroviário a que se refere a Concessão;

II – Bens Operacionais: equipamentos ferroviários e instalações, tais como, linhas, via permanente, pátios, ramais, armazéns, terminais de carga e descarga, objeto do respectivo Contrato de Operacional de Exploração e Uso de Bens Operacionais;

III – Contrato Operacional de Expansão ou Exploração da Malha: contrato firmado na forma desta Resolução, entre a Concessionária e o Investidor Ferroviário não Usuário para a expansão ou restauração da malha ferroviária, a ser explorada pela Concessionária do serviço público de transporte ferroviário em sua área de influência;

IV – Investidor Ferroviário não Usuário: pessoa jurídica, proprietária ou detentora dos direitos de posse ou domínio dos Bens Operacionais de que trata esta Resolução, para uso exclusivo no transporte ferroviário.

V – Usuário: pessoa jurídica que utiliza os serviços de transporte ferroviário.

Considerações: O Art.1º estabelece o objetivo principal da Resolução, qual seja a contratação de investidores não usuários para o fornecimento de Bens Operacionais que habilitem as Concessionárias a incrementar e ampliar a capacidade do transporte ferroviário de cargas.

O dispositivo, no entanto, não permite determinar-se claramente a repartição de responsabilidades entre o titular da Concessão e o investidor privado. O texto da Resolução não é claro quanto ao responsável, por exemplo, pela exploração dos Bens Operacionais contratados. O Parágrafo Único do mesmo artigo prevê que os contratos assinados poderão abranger não só a restauração e implantação de Bens Operacionais, mas também a exploração dos mesmos. Sendo que a Resolução entende como Bens Operacionais equipamentos ferroviários e instalações, tais como linhas, via permanente, pátios, armazéns e terminais de carga e descarga, a Agência parece contemplar um largo número de possibilidades contratuais, desde contratos de fornecimento de material ferroviário até a exploração, pelos novos investidores, de novos ramais e pátios de manobra, por exemplo.

Da mesma forma, o Art.2º, Inciso I dá margem a dúvidas sobre o responsável pela exploração e uso de Bens Operacionais, se a titular da concessão, ou o terceiro investidor, por delegação. Caso a Agência esteja adotando interpretação ampla, que permita maior liberdade à atuação do investidor privado, há que se atentar para a legalidade, senão de todo o escopo de contratos passíveis de serem firmados, mas da parcela que prevê a exploração e uso de Bens Operacionais por agentes privados que não as Concessionárias. Neste momento, o debate acerca da diferença entre subcontratação e subconcessão de serviço público é pertinente.

Conforme compromisso assumido no ato da assinatura do contrato administrativo, incumbe à Concessionária a execução do serviço público concedido. Nestas condições e em função do processo licitatório – que avalia as qualidades personalísticas do concorrente, tais como capacidade financeira e idoneidade – as obrigações contraídas adquirem caráter *intuitu personae*, ou seja, da obrigação de prestação pessoal do serviço pelo vencedor da licitação ao contratante, o Poder Público. Marçal Justem Filho averba a propositura quando propõe:

Diz-se que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar um fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar³

O caráter personalístico dos contratos de concessão fica evidenciado pelo disposto na Lei 8987/97:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuem essa responsabilidade.

No entanto, a assunção de obrigação do Concessionário perante o Poder Público não significa barreira inflexível à **subcontratação**. Ou seja, não significa a prestação pessoal e direta em todos os momentos da prestação de serviço público. A Lei 8987/97, no mesmo Art 25, confere margem de manobra às operações da Concessionária quando profere:

³ JUSTEN FILHO, Marçal, *Concessões e Serviços Públicos*, 1997, p.51

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

No caso da subcontratação, a Concessionária assume juridicamente a gestão do serviço, mas lhe é facultada a contratação de terceiros para o desempenho de atividades complementares à atividade principal, objeto do contrato de Concessão⁴. Na subcontratação, a Concessionária original permanece como titular das obrigações, apenas transferindo ao novo contratado parte de seus deveres e poderes. Não ocorre redução do escopo da concessão original, mantendo-se o contratado *gênesis* responsável pela qualidade e desempenho na prestação dos serviços públicos.

Fica clara a intenção do legislador de, ao mesmo tempo em que exige da Concessionária original a responsabilização individual pela qualidade dos serviços prestados, faculta ao regulado a opção de incorporar canais indutores de eficiência por meio da contratação de agentes privados mais especializados para determinadas tarefas. No entanto, resta também patente que a atividade principal, objeto da Concessão, deverá permanecer sobre o controle da Concessionária.

Embora se considere a concessão como um contrato *intuitu personae*, a lei admite a contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, desde que o concessionário continue responsável pela execução de seu objeto e a natureza deste o permita.⁵

Do próprio fato de não poder a subcontratação incidir sobre a atividade principal do objeto concedido decorre não se exigir da Concessionária licitação para a contratação de terceiros. A subcontratação se submete às cláusulas do contrato *gênesis*, não exime a Concessionária de responsabilidade nem cria qualquer vínculo do terceiro contratado com a Administração. Não são contratos administrativos, mas estritamente de direito privado.

Aplicando este entendimento ao caso ora analisado, a Resolução contempla a celebração de contratos entre as Concessionárias e investidores não-usuários para um amplo rol de atividades que, conforme previamente observados, espraiam-se desde contratos de manutenção ou recuperação de Bens Operacionais até a exploração dos mesmos. Ora, se por um lado a contratação de investidores privados para, por exemplo, a recuperação de material rodante ou a manutenção da via permanente pode ser enquadrada como “atividade acessória ao serviço concedido”, por outro, a *exploração* de Bens Operacionais por terceiros pode ser interpretada como extrapolação da figura de subcontratação. Na medida em que a Agência inclui no espectro de Bens Operacionais, linhas, pátios, ramais, via permanente e terminais, a presente Resolução possibilita aos investidores não usuários a

⁴ Idem, p.277

⁵ AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987 e 9.074 com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27-5-98*. São Paulo : Malheiros, 1998.

exploração de bens e atividades que se ligam umbilicalmente à atividade concedida, qual seja a prestação de serviços públicos de transporte ferroviário. Dessa maneira, a relação jurídica estabelecida não mais poderá ser caracterizada como subcontratação regular se, em realidade, oculta prestação de serviço público.

A exploração de Bens Operacionais como destacado na proposta de resolução, pode gerar questionamentos no sentido de haver o repasse de serviço público de forma contrária ao exigido pela Legislação aplicável. Qualquer repasse de serviço público para o ente privado deverá ser precedido de licitação para posterior assinatura de novo contrato. Já no caso em análise, não havendo menção expressa nos contratos de concessão atuais autorizando a subconcessão, a presente Resolução poderá extrapolar seus poderes no sentido de estar contrariando regras legais sobre a possibilidade de repasse de serviço considerado público, que no caso da exploração dos Bens Operacionais pelo investidor não usuário, pode caracterizar subconcessão não autorizada e contrária à forma prevista em Lei.

A Administração deve perseguir o resultado e a eficiência, não se detendo cegamente à identidade do contratado, ou seja, “o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo”⁶. No que tange ao caso ora analisado, no entanto, a assunção, por um terceiro ente privado, de serviço público previamente concedido somente deverá ocorrer nas condições previstas pelo instituto da **subconcessão**, dentro dos limites elencados pela lei e não pelo avanço dentro do instituto da subcontratação.

A Lei das Concessões⁷ assim disciplina a matéria da subconcessão:

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Como se observa, o Legislador admite a possibilidade de subconcessão, mas esta deverá ser submetida à aprovação prévia do Poder Concedente, que avaliará sua conveniência e oportunidade; deverá compreender a assunção de direitos e obrigações por parte do possível subconcessionário e, principalmente, **ser precedida de processo licitatório público**⁸. Não é admitida a substituição da Concessionária – seja total ou parcialmente no que tange a prestação final do serviço público –, nem o repasse do serviço a terceiros sem prévio assentimento do Poder Concedente.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Concessões e Serviços Públicos*, 1997, p.51

⁷ Lei nº 8987/95.

⁸ Neste caso, para que uma possível subconcessão tenha validade, deverá percorrer todos os procedimentos administrativos, a saber: edital, licitação, habilitação, homologação do vencedor do certame e assinatura do contrato, devendo constar de forma expressa a autorização do subcontrato.

Conforme exposto, esta SEAE observa que os dispositivos apontados apresentam certa ambigüidade em relação à repartição de competências entre Concessionárias e investidores privados. A celebração de contratos que permitam a investidores ferroviários *a exploração* dos Bens Operacionais arrolados, ensejará subconcessão de serviço público sem que os procedimentos legais para tanto tenham sido efetivados. Esta Secretaria se coaduna à tentativa da Agência de buscar a ampliação das fontes de financiamento para o setor ferroviário, portanto, apresenta contribuições no tocante ao uso do instituto da subcontratação. Sendo assim, recomenda-se que a Resolução possa facultar ao terceiro investidor não usuário (i) o provimento, substituição e restauração de Bens Operacionais diretamente ligados ao objeto da Concessão e (ii) a construção, uso e exploração de bens Operacionais que não sejam parte integral do objeto concedido. A exploração de Bens Operacionais diretamente ligadas ao objeto da Concessão, feita por terceiros não usuários, deve ser condicionada aos ditames do instituto da subconcessão.

Art. 3º Os Contratos a que se referem os incisos I e III do art. 2º, deverão conter cláusulas dispendo sobre:

I – objeto;

II – prazo de vigência, incluindo eventual prorrogação;

III – penalidades aplicáveis às partes, em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida e às obrigações assumidas;

IV – repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito e de força maior;

V – formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

VI – mecanismos para preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VII – indicadores de avaliação da execução do Contrato;

VIII – prestação de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos;

IX – procedimentos para entrega dos bens e capacitação do pessoal técnico responsável pelas condições de uso e operação dos mesmos;

X – condições de extinção do Contrato;

XI - descrição detalhada do material rodante previsto no Contrato e sua documentação comprobatória de propriedade;

XII – descrição dos itens a serem verificados nos casos de inspeção a ser realizada pelo Investidor Ferroviário não Usuário ou seu preposto;

XIII – partes responsáveis pela manutenção; e,

XIV – quando for o caso, condições para o Investidor Ferroviário não Usuário retirar os Bens Operacionais em condições normais de uso e conservação, ressalvado o desgaste operacional, em situações previamente definidas contratualmente.

§1º Os Contratos firmados nos termos desta Resolução, e que tenham sua execução vinculada a Contrato de Transporte, deverão conter cláusula específica estabelecendo penalidade à parte que der causa à rescisão injustificada do respectivo contrato, sem prejuízo das indenizações cabíveis.

§2º Os Contratos firmados nos termos desta Resolução, deverão prever que a remuneração e a compensação do Investidor Ferroviário não Usuário levarão em conta a variação vinculada às condições das instalações e do equipamento arrendado na produção do transporte

Considerações: O Artigo selecionado aponta as principais características que deverão ser contempladas pelos contratos celebrados entre as Concessionárias e terceiros investidores. Entre elas destaca-se o Inciso II, que prevê que os contratos deverão dispor sobre o prazo de vigência, assim como de eventuais prorrogações. Não há, no entanto, referência qualquer a limites à vigência dos contratos. A permissão de contratação de terceiros para o fornecimento e manutenção de Bens Operacionais deverá implicar em negociação de contratos de longo prazo entre entes privados, ou seja, entre o Concessionário e terceiras partes. Conforme exposto, estes contratos poderão induzir a incrementos em termos de eficiência nas operações ferroviárias, permitindo à Concessionária maior grau de flexibilidade na prestação de um nível adequado de serviços. No entanto, multiplicação destes contratos sem qualquer limite às suas maturidade implica que, em situação hipotética, poderão os contratos entrar em conflito com o prazo final da concessão.

De acordo com o modelo contratual celebrado entre o Poder Concedente e os concessionários de transporte ferroviário, as concessões têm duração de trinta anos, prorrogáveis por um limite máximo de outros trinta anos caso haja interesse manifesto das partes envolvidas.⁹ Caso não exista interesse de uma das partes, dar-se-á início a novo processo licitatório, acerca do qual não nos é possível, neste momento, discernir características. Sob a ótica de outros agentes privados com interesse no novo processo de licitação, a proliferação de sub-contratos de diversas maturidades poderá alterar os cálculos de fluxo financeiro ao longo do período a ser concedido. Em consequência, a precificação de ativos durante o processo licitatório poderá ser afetada, em prejuízo da qualidade dos serviços prestados aos usuários.

Deve-se salientar que os atuais contratos de Concessão prevêem que a Concedente, **a seu critério**, poderá assumir contratos da Concessionária que julgar convenientes à continuidade da prestação de serviço adequado, fazendo as compensações que forem cabíveis. Depreende-se do texto que a Administração não estará obrigada a recepcionar a totalidade de contratos realizados entre a Concessionária e demais atores privados. Desta forma, aqueles contratos que forem considerados pela Administração inoportunos, seja pela dispensabilidade à prestação de serviço adequado, seja por conter cláusulas que firam os

⁹ Ressalva deve ser feita ao contrato de concessão da Ferronorte, que prevê prazo de concessão de noventa anos, prorrogável por igual período.

interasses regulatórios e fiscais da Administração, não serão assumidos pela Concedente. Sendo assim, permanecerão regendo-se pelos próprios dispositivos, submetidos ao direito privado.

Mesmo havendo previsão contratual acerca da recepção, pela Administração, dos contratos celebrados com terceiros, restam ainda dúvidas quanto aos termos de recepção dos contratos. Em caso hipotético em que haja descasamento entre as maturidades dos contratos – dada duração dos contratos privados superior à do contrato administrativo –, e sendo a obra ou Bem Operacional indispensável ao adequado provimento do serviço público, a Administração se verá forçada a assumir o contrato privado, substituindo a Concessionária como contraparte na relação com o terceiro investidor. No entanto, não se pode prever a simples replicação dos termos contratuais prevalecentes no contrato privado. Os termos deste foram concebidos entre os agentes privados e a Administração, mesmo que ciente de suas cláusulas – como prevê o Art. 11 da Resolução em análise –, não pode interferir em formas de remuneração ou atualização de valores contratuais, por exemplo. Dessa forma, a Resolução deverá prever que, em eventuais assunções de contratos privados, os novos termos contratuais poderão estar sujeitos a avaliação técnico-financeira por parte da Concedente. Mediante tal avaliação serão determinados novos prazo de vigência; penalidades; repartição de riscos entre as partes; e formas de remuneração pelo serviço prestado, preservando-se a devida remuneração ao agente privado. Busca-se com esta medida, não repassar custos ou riscos insuportáveis pelo agente privado, mas impedir a assunção forçosa – pela indispensabilidade de determinados Bens Operacionais à prestação do serviço adequado – de contratos em termos reconhecidamente prejudiciais ao Tesouro Nacional.

Em face das considerações analisadas, sugere-se que os contratos privados referentes ao provimento ou restauração de Bens Operacionais apresentem maturidade convergente ou inferior à da concessão original. O objetivo de tal medida é, por um lado, resguardar ao Poder Público a capacidade de formulação de políticas regulatórias quando finalizado o período de concessão e, por outro, permitir maior segurança jurídica aos agentes privados em um eventual novo processo licitatório. A Resolução deveria frisar ainda que é apenas **facultado** à Administração assumir os contratos realizados entre Concessionárias e agentes privados, caso sejam convenientes à continuidade da prestação de serviços ferroviários adequados. A Resolução também deverá prever que, em eventuais assunções de contratos privados, os novos termos contratuais poderão estar sujeitos a avaliação técnico-financeira por parte da Concedente.

Art. 4º Os atuais Contratos de Arrendamento, firmados pelas Concessionárias com a extinta RFFSA, tendo como sucessor o DNIT vinculados aos Contratos de Concessão, continuam regendo-se pelas suas respectivas Cláusulas, pelo disposto na Lei nº 10.233, de 2001, pelo Decreto nº 1832, de 04 de março de 1996 (Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF), e demais normas correlatas, não se aplicando o disposto nesta Resolução.

Considerações: A minuta de Resolução apresentada, por meio de seu Art. 4º, estabelece que os contratos de concessão gênese ou originais permanecerão regendo-se pelas próprias

cláusulas. O tema suscita o questionamento acerca de eventuais relações jurídicas estabelecidas entre as partes.

No que concerne a exploração do transporte ferroviário de forma direta, pelo Concessionário, as relações jurídicas estabelecidas entre este e o Poder Concedente encontram-se previstas nos contratos de concessão celebrados após o devido processo licitatório. Quanto aos contratos efetivados com terceiros investidores, não há na minuta de Resolução instrumentos que assegurem maior clareza quanto aos efeitos jurídicos estabelecidos entre as três partes, a saber: o Poder Concedente, o Concessionário e o agente privado contratado.

Conforme discutido em momento anterior, o instituto da subcontratação indica a terceirização de serviço específico que se torna válida a partir da celebração de contrato de direito privado, permanecendo a relação jurídica da concessão inalterada. Não há e não pode haver, portanto, nenhuma relação jurídica ou vínculo de responsabilidade entre o Poder Concedente e o contratado. É o que se depreende da leitura da Lei nº 8987/97, em seus Art. 25 e 31, assim como dos contratos de Concessão sob a tutela da ANTT. Neles fica claro o entendimento do regime jurídico privado dos contratos em questão, o que implica que as Concessionárias podem atuar por meio da subcontratação para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares serviço concedido, **sem prejuízo de sua responsabilidade**. A contratação não forma vínculo do terceiro contratado com a Administração nem exime a Concessionária do total cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato de Arrendamento.

A comparação com setores que apresentam um arcabouço regulatório mais maduro indica a necessidade de maior previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos de tais contratos acessórios. A feitura dos editais de licitação do chamado segundo lote de concessões rodoviárias espelha tal percepção ao clarificar as relações jurídicas advindas da contratação de terceiros para o desenvolvimento e a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares à concessão. Entre as cláusulas dos editais de concessão, são ilustrativas as seguintes:

16.38 Incumbirá à Concessionária a execução das obras e dos serviços concedidos, direta ou indiretamente.

16.39 A Concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento e a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares à Concessão, bem como a implementação de projetos associados.

16.40 Os contratos celebrados entre a Concessionária e os terceiros a que se refere o item 16.39 se regerão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e a ANTT.

16.41 A execução das atividades contratadas com terceiros não exime a Concessionária do cumprimento das normas regulamentares da Concessão.

Conforme exposto, esta SEAE sugere que sejam incluídos no texto da Resolução dispositivos que confirmam maior segurança jurídica com relação aos contratos celebrados entre o Concessionário e outros agentes privados. Tal medida visa a clarificar o regime jurídico essencialmente privado destes contratos, mantendo intactas as obrigações do Concessionário para com o Poder Concedente.

Art. 7º A Concessionária deverá:

I – franquear ao Investidor Ferroviário não Usuário o direito de fiscalização dos Bens Operacionais arrendados;

II – defender os Bens Operacionais do Investidor Ferroviário não Usuário, comunicando-lhe todas e quaisquer formas de ameaça realizadas por terceiros contra esses ativos;

III – assegurar que a execução dos serviços de operação e manutenção, sob sua responsabilidade ou de terceiros, sejam realizados por profissionais qualificados, de acordo com os manuais e/ou normas especificadas pelos fabricantes dos equipamentos e construtores das instalações, mantendo informado o Investidor Ferroviário não Usuário quando ocorrer alguma modificação;

IV – ressarcir o Investidor Ferroviário não Usuário dos defeitos, danos e perdas ocorridos com os Bens Operacionais;

V – providenciar a inspeção de recebimento dos Bens Operacionais, verificando a adequação de sua utilização, relatando as condições gerais, mediante Termo de Recebimento e Aceitação;

VI – promover nova inspeção sempre que os Bens Operacionais sofrerem manutenção corretiva, mediante termo de Inspeção e Aceitação;

VII – Informar o Investidor Ferroviário não Usuário sobre a operação dos Bens Operacionais, comunicando acidentes e outras ocorrências fora das condições normais de utilização;

VIII – devolver ao Investidor Ferroviário não Usuário os Bens Operacionais, em condições ideais de manutenção e conservação, ao final do Contrato; e,

IX – comunicar à ANTT, com trinta dias de antecedência, eventuais aditivos ou rescisão dos contratos de que trata esta Resolução;

Considerações: O presente Artigo arrola as obrigações do titular da Concessão ferroviária para com o terceiro investidor não usuário. Além de assegurar ao investidor o direito de fiscalização dos Bens Operacionais arrendados, o dispositivo ainda prevê ressarcimento em caso de danos e perdas aos Bens Operacionais sob uso da Concessionária.

No entanto, o Inciso VIII do mesmo Artigo também prevê que, vencida a maturidade do contrato privado, deverá a Concessionária proceder à devolução, em prefeitas condições de conservação e manutenção, dos Bens Operacionais arrendados. A matéria se remete à reversão de bens quando vencido o prazo da Concessão original.

Os Contratos de Concessão hoje administrados pela ANTT estipulam que extinta a Concessão por quaisquer motivos, “retornarão à Concedente todos os direitos e privilégios

transferidos à Concessionária, *junto com os bens de propriedade da Concessionária e aqueles resultantes de investimentos por esta efetivados em bens arrendados, declarados reversíveis pela Concedente por serem necessários à continuidade da prestação do serviço concedido*”.

Além dos dispositivos acerca de reversão de bens, os referidos contratos também prevêem que é obrigação das Concessionárias promover a reposição de bens e equipamentos vinculados à Concessão, bem como a aquisição de novos bens, de forma a assegurar a prestação de serviço adequando. Lê-se também nos mesmos Contratos que estão as Concessionárias obrigadas a zelar pela integridade dos bens vinculados à Concessão, mantendo-os em perfeitas condições de funcionamento e conservação, até a sua transferência ao Concedente ou a nova Concessionária.

Ora, se por um lado a presente Resolução permite a contratação de terceiros para o provimento ou conservação de Bens Operacionais entendidos de forma ampla, por outro, a Concessionária não se exime da obrigação de preservação e muito menos da possibilidade de reversão, a critério da Concedente, dos Bens Operacionais que sejam indispensáveis à continuidade da prestação do serviço contratado. Ao adotar o critério de Bens Operacionais de modo amplo, incluindo linhas, pátios, ramais, via permanente e terminais, a presente Resolução vislumbra a possibilidade de negativa de reversão de bens que sejam estritamente afeitos à atividade concedida – a prestação de serviços públicos de transporte ferroviário. Esta interpretação entra em conflito direto com os preceitos de regularidade, continuidade, segurança e atualidade na prestação dos serviços concedidos. Segundo o raciocínio contido nos contratos de Concessão, os bens necessários à continuidade da prestação do serviço concedido deverão ser considerados reversíveis.

Caso os bens declarados reversíveis ainda não tenham sido amortizados pela Concessionária ou pelo agente privado investidor, os contratos de Concessão já prevêem os termos de transferência. Neste sentido, “os bens declarados reversíveis serão indenizados pela Concedente pelo valor residual de seu custo, apurado pelos registros contábeis da Concessionária, depois de deduzidas as depreciações e quaisquer acréscimos decorrentes de reavaliação. Tal custo estará sujeito a avaliação técnica e financeira por parte da Concedente”¹⁰.

Dessa forma, a reversão dos bens arrendados ou fornecidos por investidores privados não usuários deverá seguir o mesmo padrão ou diretriz, evitando-se situações em que, findo o contrato privado de arrendamento ou fornecimento, seja a continuidade dos serviços públicos afetada pela retirada ou devolução – Investidores Ferroviários não Usuários – de Bens Operacionais essenciais à prestação dos serviços de transporte ferroviário. Os bens necessários à continuidade da prestação do serviço concedido **deverão** ser considerados reversíveis e apenas à estes caberá indenização pelo valor residual de seu custo. Todos os demais contratos, seja de fornecimento de Bens Operacionais seja de exploração de Bens não afeitos ao objeto da Concessão, permanecerão regendo-se pelo direito privado.

¹⁰ Vale lembrar que no momento da extinção da Concessão, a Concedente poderá, **a seu critério**, “assumir contratos da Concessionária que julgar convenientes à continuidade da prestação do serviço adequado, fazendo as compensações que forem cabíveis”.

4. Considerações Finais

Esta Secretaria entende que atual infra-estrutura ferroviária deva ser expandida para atender a demanda por esse modal de transporte, bem como deva ser aprimorada de forma que o país faça uso de maneira mais ampla das vantagens comparativas nacionais.

A Proposta de Resolução da ANTT vem ao encontro deste entendimento e, através de uma atualização do marco regulatório quanto à subcontratação de atividades subsistentes ao transporte ferroviário, busca induzir à polarização de novos investidores em torno das concessões ferroviárias vigentes. Além da potencial ampliação do volume de investimentos no setor, a medida poderá permitir a assimilação, por parte das Concessionárias, de melhores técnicas operacionais e a mitigação de riscos inerentes à atividade.

Mesmo que o mérito da medida represente um avanço para o marco regulatório do setor, a manifestação desta Secretaria visa a complementar a proposta apresentada pela Agência apontando eventuais melhorias de conteúdo que sejam conducentes a um ambiente regulatório mais eficiente e pró-concorrencial. Com vistas incrementar o texto sob análise, esta SEAE avança as seguintes considerações:

- a) Distinção em Relação ao Instituto Jurídico da Subconcessão: há necessidade de maior clareza sobre a amplitude das responsabilidades repassadas aos investidores privados. A celebração de contratos que permitam a investidores ferroviários a **exploração** dos Bens Operacionais arrolados poderá ensejar subconcessão de serviço público. Sendo assim, deve ser facultado ao investidor não usuário (i) o provimento, substituição e restauração de Bens Operacionais diretamente ligados ao objeto da Concessão e (ii) a construção, uso e exploração de Bens Operacionais que não sejam parte integral do objeto concedido.
- b) Da Maturidade dos Contratos: os contratos privados estabelecidos entre Concessionárias e investidores privados deverão apresentar maturidade convergente ao do contrato *genesis*, com vistas a preservar o valor dos ativos em uma eventual re-llicitação das malhas. A Resolução deveria frisar ainda que é apenas **facultado** à Administração assumir os contratos realizados entre Concessionárias e agentes privados, caso sejam convenientes à continuidade da prestação de serviços ferroviários adequados. Visando evitar contratos lesivos à Administração, a Resolução também deverá prever que, em eventuais assunções de contratos privados, os novos termos contratuais poderão estar sujeitos a avaliação técnico-financeira por parte da Concedente.;
- c) Do Regime Jurídico dos Contratos Acessórios: A Resolução deve contemplar dispositivos que confirmam maior segurança jurídica aos contratos realizados com terceiros, clarificando direitos e responsabilidades entre as partes envolvidas e o regime jurídico essencialmente privado estabelecido entre as partes;

d) Da reversão de Bens ao Poder Concedente: a reversão dos bens arrendados ou fornecidos por investidores privados não usuários deverá seguir o mesmo padrão previsto nos contratos de Concessão, ou seja, os Bens Operacionais que sejam indispensáveis à continuidade da prestação do serviço contratado poderão ser considerados reversíveis a critério do Poder Público, mesmo que providos ou mantidos por terceiros investidores, cabendo indenização pelo valor residual de seu custo.

BRUNO SILVA DALCOLMO

Técnico

JOÃO GUILHERME ASSAFIM

Assistente Técnico

RENATO ALVES MORATO

Assistente Técnico

FERNANDO ANTÔNIO RIBEIRO

SOARES

Assessor Técnico

CHRISTIANE MARANHÃO DE OLIVEIRA BARBORA

Coordenadora-Geral de Transportes e Logística

De acordo.

ANTÔNIO HENRIQUE PINHEIRO SILVEIRA

Secretário-Adjunto

NELSON HENRIQUE BARBOSA FILHO

Secretário de Acompanhamento Econômico