

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 000.731/2022-6

Natureza: Desestatização

Órgãos/Entidades: Autoridade Portuária de Santos (Santos Port Authority - SPA); Ministério da Infraestrutura (MInfra)

Representação legal:

SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. CESSÃO ONEROSA. FERROVIA INTERNA DO PORTO DE SANTOS. FIPS. AUSÊNCIA DE ÔBICES AO PROSSEGUIMENTO DA CESSÃO. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÃO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de mérito elaborada no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de Relatório de Desestatização (DES) dos atos e procedimentos preparatórios para a cessão onerosa de uso da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips), localizada no interior da área poligonal do Porto de Santos, de titularidade da *Santos Port Authority* (SPA). O tema está relacionado ao objetivo estratégico do TCU de contribuição para o aumento da eficiência e da qualidade da infraestrutura de transportes (PET 2019- 2025, objetivo 36).

2. A propósito, a Fips foi objeto de levantamento, TC 006.817/2021-1, visando produção de conhecimento com potencial de aprimorar a qualidade e a agilidade da análise em tela, em sintonia com a busca institucional pelo aumento da eficiência e da efetividade dos processos de trabalho (PET 2019-2025, objetivo 69). O processo em tela é regido pela Instrução Normativa (IN-TCU) 81/2018 e pela Portaria-Segecex 17/2020.

3. Os documentos encaminhados a este Tribunal tiveram ajustes após as análises das contribuições recebidas durante a Consulta Pública 1/2020, a aprovação da SPA e do Ministério da Infraestrutura (MInfra), e a liberação de prosseguimento da Diretoria da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

4. A presente instrução, em atendimento ao contido nos §§ 8º e 9º do artigo 9º da IN-TCU 81/2018 e § 1º do artigo 14 da Resolução 315/2020, objetiva apresentar o **relatório preliminar de acompanhamento para comentários dos gestores**, bem como oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de considerações sobre as propostas de encaminhamento, de modo a obter informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas.

HISTÓRICO

5. Os presentes autos foram abertos em 24/1/2022 para receber os estudos que subsidiam a proposta de desestatização da Ferrovia Interna do Santos, enviados ao TCU para análise, por meio da Carta Dipre-GD/22.2022, de 21/1/2022, oriunda da Autoridade Portuária de Santos (peça 1). A documentação original foi a seguinte:

- a) Carta SPA-DIPRE-GD/22.2022, de 21/1/2022, que encaminhou os documentos técnicos e jurídicos relativos à modelagem para a Fips (peça 2);
- b) Ofício 12/2022/SNPTA, de 7/1/2022, que ratificou o entendimento pela dispensa da necessidade de aprovação do uso das áreas relacionadas à Fips (peça 3);
- c) Nota Informativa Conjunta nº 1/2021/CGFERP/DEAP/SFPP-MINFRA, de 19/11/2021, que analisou os achados e conclusões do Relatório de Fiscalização do TCU 27/2021, produzido no âmbito do TC 006.817/2021-1 (peça 4);
- d) Deliberação-DG Antaq 9/2022 (peça 5);
- e) Parecer jurídico contratado pela SPA acerca da modelagem da cessão da Fips (peça 6);
- f) Edital de Chamamento Público Constitutivo da Fips; Minuta de Contrato de Cessão da Fips; Plano de Investimentos Mínimos; Regras de Rateio de Investimentos, Custos e Despesas; Indicadores de Performance; Regulamento de Interferências Rodoferroviárias; Manual de Segurança, Higiene, e Medicina do Trabalho; Diretrizes Operacionais aplicáveis à Cessionária; Diretrizes de Sustentabilidade; Diretrizes de Governança Corporativa da Cessionária; Edital de Chamamento Público Periódico; Acervo Técnico de Edificações e Vias Férreas; Relação de Equipamentos e Bens; Modelo de Declaração de Interesse para Instituição e Associação à Cessionária; Modelo de Carta de Declaração de Regularidade ao art. 7º, XXXIII da Constituição Federal; Modelo de Carta de Declaração de Capacidade Financeira; Termos e Condições Mínimas do Seguro-garantia; Modelo de Carta de Fiança Bancária; e Requisitos Mínimos para a Constituição da Associação Cessionária (Peças 7 a 25);
- g) Deliberação do Conselho de Administração da Autoridade Portuária de Santos S.A. 122.2021, de 25/11/2021, que consubstanciado na Decisão DIREXE 490.202, de 19/11/2021, aprovou os documentos técnicos e jurídicos referentes à modelagem proposta para a gestão, operação, manutenção e expansão da Fips (peça 26).

6. Por meio de Despacho de 16/2/2022, o Exmo. Ministro-Relator aquiesceu a proposta da Unidade Técnica no sentido de que os documentos relativos à modelagem da desestatização da Fips enviados pela *Santos Port Authority* atendiam formalmente os itens exigidos no art. 3º, caput, da IN-TCU 81/2018, quando aplicáveis (peça 34).

7. A instrução seguinte, de peça 37, visou apresentar proposta de escopo de análise da presente desestatização, nos termos do art. 3º da Portaria Segecex 17/2020, e recebeu anuência do Ministro-Relator por meio do Despacho de peça 44.

8. Após diversas análises e reuniões promovidas entre a equipe de auditoria, a SPA e outros atores, detalhadas no exame técnico, a SPA decidiu por alterar os estudos enviados previamente e submetê-los ao TCU com importantes melhorias decorrentes das conversas havidas, que procuraram sanar defeitos e aperfeiçoar dispositivos da modelagem (peças 72-107). Tal prática já permitiu a obtenção de benefícios efetivos oriundos desta ação de controle, como visto no exame técnico.

9. Na sequência, o relatório preliminar com análise dos estudos da Fips foi elaborado e submetido à SPA e ao MInfra para obtenção dos comentários dos gestores (peças 111 a 113 e 115), tendo sido promovida a reunião informativa entre a equipe de fiscalização, a SPA e o MInfra, para apresentação das conclusões preliminares, conforme estipula o art. 14 da Resolução-TCU 315/2020, na data de 2/5/2022.

10. A SPA e o MInfra então apresentaram suas contribuições ao relatório preliminar, por meio das peças 114 e 117 a 120, tendo inclusive a SPA substituído o Anexo VI de peça 80 pelo de peça 117, visando sanar inconsistência encontrada nos estudos e apontada no relatório.

VISÃO GERAL

I. Estruturação do presente relatório

11. Na parte exordial é feita uma breve apresentação da visão geral do objeto da desestatização, seguida da definição do escopo e do não-escopo da presente fiscalização. Já o exame técnico trata do mérito do processo e é composto pelos seguintes capítulos:

- A. Viabilidade jurídica da Contratação;
- B. Garantia de aumento e manutenção de capacidade;
- C. Regras de rateio de investimentos, custos e despesas;
- D. Aspectos essenciais da governança corporativa da Associação;
- E. Integração da Fips com o trecho ferroviário denominado “Ferradura”;
- F. Repartição de riscos do empreendimento;
- G. Regularização ambiental da ampliação e operação da Fips; e
- H. *Benchmarking* internacional.

12. Na sequência, são apresentados os comentários dos gestores sobre o relatório preliminar (peças 111 a 121), contendo a respectiva análise da SeinfraPortoFerrovia.

13. A conclusão apresenta a consolidação dos itens técnicos examinados e é acompanhada da respectiva análise geral dos estudos entregues.

14. Posteriormente, há a apresentação dos benefícios de controle verificados no presente processo e, por fim, na Proposta de Encaminhamento, são consolidados os encaminhamentos decorrentes da análise dos estudos visando à desestatização da Fips.

II. Contexto e estudos

II.1 O Porto de Santos e seu sistema ferroviário

15. O Porto de Santos se localiza às margens do canal estuarino existente entre os municípios de Santos, Guarujá e Cubatão, na Baixada Santista. Encontra-se a 70 km da cidade de São Paulo, capital do estado e região do maior mercado produtor e consumidor da América Latina.

16. Considerando as áreas localizadas nas margens direita e esquerda do canal de navegação que abrangem os terminais portuários, vias de acesso terrestre, áreas internas, entre outras áreas sob responsabilidade da SPA, a infraestrutura terrestre do porto organizado perfaz cerca de 8 km². Destes, 3,6 km² encontram-se ocupados por terminais de carga e passageiros em regime de arrendamento. No tocante à infraestrutura aquaviária, esta é composta pelas áreas de fundeio, canal de navegação, bacias de evolução, berços de atracação e seus acessos, e uma área de descarte de sedimentos dragados, totalizando cerca de 355,5 km² (PDZ, peça 110, p. 16).

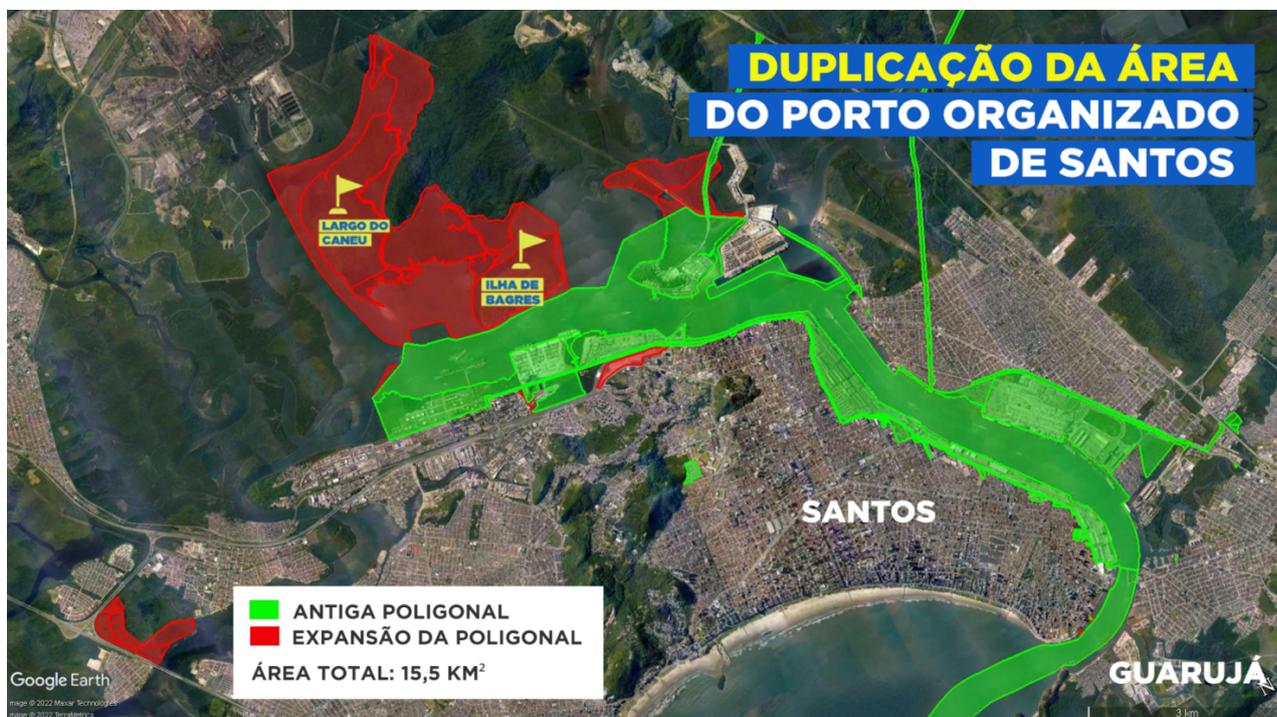
17. Nos termos do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ), o Porto Organizado se encontra compreendido pelo quadrante determinado pelas coordenadas: 23°43'9.55"S/46°25'28.48"W e 24°14'60.00"S/ 46°5'8.05"W, cuja poligonal com definição das áreas limítrofes foi publicada por meio da Portaria MInfra 77, de 29 de junho de 2020, sendo que as coordenadas que a delimitam encontram-se nos anexos do referido instrumento (peça 110, p. 16).

18. Todavia, nova atualização da poligonal ocorreu em 2022, por meio da Portaria MInfra 66/2022, que alterou os limites jurisdicionais do Porto Organizado de Santos, quase duplicando a área seca sob administração da SPA, passando de 8 km² para 15,5 km². A expansão incorporou áreas *greenfield* para desenvolvimento de novos empreendimentos e, segundo à SPA, agregou valor à desestatização da SPA, programada para ocorrer ainda em 2022 (cf.

<https://www.portodesantos.com.br/2022/01/19/minfra-aprova-nova-poligonal-que-duplica-area-do-porto-de-santos/>).

19. A discussão sobre a alteração da poligonal foi apresentada de modo incidental no âmbito do TC 015.857/2021-2, à época de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro.

Figura 1 - Poligonal do Porto de Santos



Fonte: SPA, disponível em <https://www.portodesantos.com.br/2022/01/19/minfra-aprova-nova-poligonal-que-duplica-area-do-porto-de-santos/>

20. Segundo a Autoridade Portuária de Santos, o modal ferroviário responde por aproximadamente 30% do transporte das cargas movimentadas no interior do Porto. A cada ano, essa participação vem aumentando progressivamente, a partir da unificação de procedimentos operacionais e de melhorias no atendimento aos clientes (cf. <https://www.portodesantos.com.br/conheca-o-porto/infraestrutura-portuaria/>).

21. Nos termos do atual PDZ, aprovado em 2020, dentro as diretrizes estabelecidas para o desenvolvimento do planejamento e zoneamento do Porto destacam-se o aumento da participação ferroviária nas operações, em consonância com as ações conduzidas pelo MInfra, principalmente aquelas relacionadas à maior capacitação deste modal na região de influência de Santos; e o atendimento de 100% da carga da região de influência (peça 110, p. 12-13). Inclusive, o Plano aponta incremento no uso do modal ferroviário para cada tipo de carga, como granel sólido vegetal, celulose e granéis minerais (peça 109, p. 13, 17 e 19).

22. Sendo assim, estima-se forte incremento na movimentação ferroviária futura de cargas por meio da Fips, como será tratado no tópico específico referente à capacidade de carga.

23. Este incremento da capacidade ferroviária de carga aliado à necessidade de novo contrato para operação da Fips, haja vista o fim próximo do atual contrato de operação, levaram à SPA a realizar a modelagem visando garantir, entre outras premissas, a expansão da capacidade da ferrovia, por meio de novos investimentos.

24. A operação da malha ferroviária interna do porto está atualmente a cargo da empresa Portofer Transporte Ferroviário Ltda., que administra aproximadamente 100 quilômetros de trilhos

dentro do porto organizado, incluindo pátios e linhas paralelas, com base no Contrato DP/25.2000, de arrendamento de instalações e equipamentos ferroviários para movimentação de mercadorias de importação e exportação, na área do porto organizado.

25. Esse ajuste foi celebrado em 28/6/2000 pelo prazo de 25 anos, sem prévia licitação, tendo de um lado, como arrendadora, a Codesp, e do outro, como arrendatárias, a Ferroban e a Ferronorte, que são as atuais Rumo Malha Paulista e Rumo Malha Norte (TC 006.817/2021-1, peça 47, relatório do levantamento).

26. A propósito, cabe destacar que a Ferrovia Interna do Porto de Santos se conecta apenas à ferrovia conhecida como Ferradura, que é parte da malha da concessionária ferroviária MRS Logística S.A. (MRS), cuja renovação antecipada está sendo analisada nos autos do TC 025.914/2021-9.

27. A Ferradura, por sua vez, recebe cargas transportadas pelas concessionárias de três grupos econômicos, a saber: MRS, Rumo e VLi, a seguir detalhados, para entrega à Fips ou a terminais privados nas proximidades do Porto de Santos. Juntas, Fips e Ferradura constituem o cinturão ferroviário da Baixada Santista e operam de forma integrada, visando o incremento de eficiência na operação de transporte.

28. Na análise em tela, a importância da divisão da análise por grupos econômicos, e não por concessionárias de malhas ferroviárias, se apresenta quando se analisa o histórico de fusões e aquisições do setor ferroviário. Como exemplo, cita-se o caso da Rumo S.A.

29. Com as concessões ferroviárias ocorridas por malhas regionais da Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) na década de 1990, a Ferrovia Sul Atlântico arrematou a Malha Sul em 1997. Em 1999, a empresa passou a adotar o nome América Latina Logística S.A. (ALL) e em 2006, adquiriu os grupos Brasil Ferrovias e Novoeste, cujos ativos abrangiam as malhas Norte, Oeste e Malha Paulista. Em 2015, a Rumo S.A. incorporou a ALL e em 2019 a Rumo foi vencedora do processo de concessão da Malha Central da ferrovia Norte-Sul, entre Estrela D'Oeste, SP, e Porto Nacional, TO. Assim, uma só empresa é controladora de cinco malhas que acessam o porto de Santos, o que justifica o tratamento conferido neste relatório, e também na modelagem, pelo conjunto das concessionárias e não pela malha individual.

30. No tocante aos sistemas ferroviários de acesso ao Porto, no início de 2022 havia a seguinte configuração. Destaca-se que, assim como foi feita na modelagem da desestatização da Fips sob exame, essa classificação se baseia na divisão por grupos econômicos que são proprietários de concessionárias que operam no Porto de Santos ou que operam com cargas destinadas ao mesmo Porto:

30.1. Sistema Ferroviário da Rumo S.A. (**Rumo**): A **Rumo** possui cinco malhas ferroviárias – a Malha Paulista, a Malha Norte, a Malha Oeste, a Malha Sul e a recentemente adquirida Malha Central – que se interligam e acessam o Porto de Santos por meio da Malha Paulista, que é a concessionária detentora da malha de descida da serra e que chega ao Porto de Santos por meio da sua conexão com a Ferradura da MRS;

30.2. Corredor Centro-Sudeste da VLi Multimodal S.A. (**VLi**): A **VLi**, formalmente um Operador de Transporte Multimodal (OTM) e proprietária da Ferrovia Centro Atlântica (FCA), concessionária que faz conexão com a Malha Paulista na região de Campinas permitindo que, a partir dessa conexão, as composições do grupo econômico da **VLi** trafeguem pela Malha Paulista, pelo que pagam direito de passagem à Rumo pelo uso da ferrovia entre a região de Campinas e a Ferradura;

30.3. Descida da serra da MRS Logística S.A. (**MRS**): a companhia opera potentes locomotivas Stadler no sistema de cremalheira existente entre as estações de Paranapiacaba e Raiz da Serra, se ligando na Ferradura no pátio de Piaçaguera, movimentando as cargas entre Santos e São Paulo.

Figura 2 - Fips e Ferradura



Fonte: TC 006.817/2021-1, peça 47, relatório do levantamento, p. 11

31. Portanto, na configuração atual, as concessionárias dos grupos Rumo e VLi acessam a Fips por meio de direito de passagem, transitando na Ferradura, operada pela MRS.

II.2 Informações gerais sobre a modelagem contida nos estudos enviados

32. A premissa principal dos estudos é o atendimento da demanda projetada no Plano Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ), que prevê forte crescimento de carga transportada, de forma que o transporte ferroviário na chegada e saída do Porto de Santos não se torne um gargalo para o escoamento de cargas, principalmente nos corredores de exportação.

33. O Ministério da Infraestrutura (MInfra) aprovou o novo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) do Porto de Santos em 28/07/2020, após 15 (quinze) anos sem atualização do documento. A Portaria 1.620, do MInfra, foi publicada no Diário Oficial da União de 29/07/2020 e permitirá a modernização e expansão para os próximos 20 (vinte) anos. A concretização do plano elevará a capacidade do complexo santista em aproximadamente 50% até 2040, atingindo 240 milhões de toneladas.

34. Segundo o Ato Justificatório que motivou a desestatização da Fips (peça 65), a capacidade de movimentação de carga da Ferrovia Interna hoje é de R\$ 50 milhões de toneladas por ano, mas serão necessários 115 milhões ton/ano para atender às movimentações futuras das concessionárias que acessam o Porto de Santos. De forma a garantir esta capacidade, a modelagem estabeleceu investimentos mínimos a serem realizados em até cinco anos, que serão detalhados na seção sobre garantia de aumento e manutenção de capacidade.

35. Outra premissa importante para a modelagem foi a necessidade de eficiência operacional da Fips após sua cessão onerosa. No ato justificatório da cessão (peça 65), em que são explicados os cenários possíveis para a desestatização, **a SPA concluiu que o melhor arranjo seria o de colaboração entre operadores ferroviários com acesso ao porto**, de forma a privilegiar a eficiência na operação, e não a lucratividade.

36. A ideia presente nos estudos então é a de formalizar como Cessionária uma Associação sem fins lucrativos entre operadores ferroviários com acesso ao Porto de Santos que, em regime de gestão compartilhada, irão ratear os custos e investimentos para gestão, manutenção e expansão da Fips. A justificativa é a de que estes operadores teriam incentivos a priorizar a eficiência operacional ao invés da lucratividade, para que sejam realizados os investimentos necessários de forma a evitar gargalos logísticos na entrada do Porto.
37. Cabe destacar, conforme será apresentado no exame técnico, que, embora a Associação seja formalmente sem fins lucrativos, ela desempenha atividade econômica importante para seus associados, vez que evitará a limitação (gargalo) ao transporte futuro de cargas, previsto no horizonte de planejamento próximo caso não ocorram os investimentos mínimos, e permitirá incremento de transporte de cargas nas malhas das concessionárias que acessam o Porto de Santos, aumentando a lucratividade em suas malhas.
38. Conforme será apresentado no exame técnico, a contratação desta Associação dispensa a realização de licitação, tem fundamento jurídico e permitirá periodicamente a entrada e saída de associados de sua composição.
39. Outro ponto relevante à modelagem é que, nos termos do Decreto 8.033/2013, art. 25, c/c Portaria 51/2021 do Ministério da Infraestrutura, a Fips não é um ativo afeto às operações portuárias, pois não está envolvida em movimentações diretas. Como tal, com base nos termos do art. 56-A da Lei 12.815/2013, a Ferrovia Interna não precisa de outorga específica para transferência de sua gestão, sendo de competência da Autoridade Portuária de Santos a sua operação ou delegação. Desta forma, **a presente desestatização se dará na forma de cessão de uso onerosa de área** não afeta à operação portuária, definida nos termos da Portaria 51/2021, e não por meio de concessão de serviço público.
40. Ademais, a desestatização em tela apresenta características *sui generis*, pois a Associação contratada não auferirá lucros, arrecadando receita suficiente para cobrir seus custos, sem cobrar tarifas de seus usuários.
41. Dado que a modelagem da Fips visa à realização de investimentos mínimos para prever capacidade futura de movimentação de carga para atender a projeção das concessionárias ferroviárias que acessam o Porto de Santos, não foi elaborada a tradicional projeção de demanda de carga pelo período contratual, contida nos estudos de desestatização na modalidade de concessão de serviço público.
42. Não havendo tarifa nem margem definidas, não há que se falar em modelagem econômico-financeira elaborada para cálculo de valor presente líquido (VPL) do fluxo de caixa, uma vez que não houve estimativa de receitas nem de despesas futuras. Reitera-se que a premissa, nesta questão, é o rateio dos custos e investimentos entre os associados que comporão a Associação, à medida em que os gastos forem ocorrendo.
43. Quanto ao valor de arrendamento, dado que não há modelagem econômico-financeira, foi estipulado o valor de 3% da Receita Operacional Bruta da Associação para pagamento à SPA, com base no Manual de Procedimentos de Análise de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA de Arrendamentos Portuários, de outubro de 2019, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), sobre situações em que a modelagem econômico-financeira apresenta Valor Presente Líquido negativo.
44. Como será apresentado a seguir, dadas as condições únicas da presente desestatização, os temas de maior risco e relevância referem-se às definições das regras de rateio dos custos e investimentos entre as classes de associados e entre usuários não associados, e às regras de governança da Associação cessionária, na gestão da Fips.

II.3. Processos relacionados ao objeto da presente desestatização

45. Embora os estudos para a desestatização da Fips tenham chegado ao TCU para análise em 2022, outros trabalhos pretéritos foram realizados envolvendo a Ferrovia Interna do Porto de Santos e são relevantes pois impactaram a modelagem atual.

II.3.1 Auditoria no Contrato de Arrendamento DP 25/2000 entre SPA e Portofer

46. O contrato de arrendamento DP 25 foi celebrado em 2000 pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp, atual SPA) e pelas concessionárias de ferrovias Ferronorte S.A. (Ferrovias Norte Brasil) e Ferrovias Bandeirantes S.A. (Ferroban), atualmente controladas pela Rumo S/A, tendo por objeto o arrendamento de instalações e equipamentos ferroviários na área do porto organizado de Santos (atual Fips). Não há, portanto, participação contratual dos outros dois principais grupos de operadores ferroviários (MRS e VLi) na gestão da Portofer.

47. Dentre as irregularidades encontradas pelo TCU naquele contrato (Representação no TC 001.113/2015-1), vale destacar (i) falta de fiscalização e acompanhamento pelas Agências reguladoras e pela SPA dos investimentos realizados; (ii) assimetria de informações relacionadas à composição dos custos e ao impacto dos investimentos na eficiência da operação; (iii) gestão em regime de "monopólio" e (iv) abertura de espaço para questionamentos quanto à modicidade do valor cobrado, à remuneração recebida pela SPA e à manutenção e aos investimentos que a malha recebeu nesse período.

48. Assim, o Acórdão 893/2021-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar, determinou que o contrato de arrendamento não fosse prorrogado, bem como fossem tomadas as providências para encerramento, encontro de contas e fiscalização do contrato DP 25/2000, sem perder de vista a continuidade da prestação dos serviços de transporte ferroviário no Porto de Santos.

49. Ademais, conforme dispôs o voto do Acórdão 1.617/2021-Plenário (embargos de declaração contra o Acórdão supracitado), o Tribunal buscou definir o marco final para a continuidade do Contrato de Arrendamento DP 25/2000, “sem colocar nenhum obstáculo à extinção antecipada do vínculo, em havendo interesse público que o justifique”.

50. Atualmente, encontra-se pendente de apreciação pelo TCU o pedido de reexame interposto por Portofer Transporte Ferroviário Ltda (Relatoria recursal do Ministro Jorge Oliveira).

II.3.2. Auditoria operacional de compartilhamento de malha ferroviária

51. O processo TC 027.620/2019-0 refere-se a auditoria operacional no campo de atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com o objetivo de avaliar a efetividade da regulação sobre o compartilhamento da malha entre os Operadores Ferroviários, de modo a contribuir para a eficiência do setor.

52. Em relação à Fips, observou-se que o sucesso e o custo do transporte ferroviário para o Porto de Santos dependem de um bom relacionamento entre os operadores ferroviários que operam no Cinturão Ferroviário do Porto.

53. Dessa perspectiva, constatou-se positivamente que a utilização, o tráfego, o trânsito, a organização ferroviária, tanto na Ferradura quanto na Fips, estão sob gestão efetiva do Centro de Controle Operacional (CCO) da Portofer, que orienta a manobra das composições de acordo com sua capacidade momentânea de absorver suas cargas, recompor os trens e transitar de volta, o que gera uma **coordenação efetiva do ponto de vista operacional**.

54. Além disso, os operadores ferroviários, Rumo, VLi e MRS, desenvolveram, **de forma voluntária**, o que chamaram de Plano Diretor da Baixada Santista, em uma espécie de **autorregulação operacional**.

55. Por isso, o trabalho concluiu que o Plano Diretor da Baixada Santista é um “exemplo de que é possível algum nível de autorregulação operacional, quando há o interesse comum de circulação de cargas ferroviárias por compartilhamento da malha”.

56. É no contexto da desestatização em tela que a SPA apresentou ao TCU uma modelagem para criação de uma Associação sem fins lucrativos de operadores ferroviários para a gestão, operação, manutenção e expansão da Fips.

II.3.3. Levantamento do arranjo ferroviário na Baixada Santista

57. O levantamento do processo TC 006.817/2021-1 foi proposto com o objetivo de avaliar as principais características da logística interna e dos acessos terrestres ao Porto de Santos, com vistas a identificar ações de controle para mitigar possíveis deficiências e fragilidades, em sintonia com a busca institucional pelo aumento da eficiência e da efetividade dos processos de trabalho (PET 2019-2025, objetivo 69).

58. Dada a iminência de dois eventos de alta relevância e impactos na logística de todo o complexo portuário santista, o escopo foi reduzido, para que pudessem ser aprofundadas as análises sobre dois pontos (i) os processos de prorrogação antecipada da concessão da Malha Sudeste, da MRS Logística S.A. e (ii) a cessão da Fips, objeto destes autos.

59. No tocante à Fips, o trabalho registrou que a solução elaborada pela SPA aparentava ser, em linhas gerais, alinhada ao interesse público, pois viabilizaria rapidamente os investimentos necessários para o almejado aumento de capacidade, sem deixar de preservar aspectos positivos do modelo atual de gestão compartilhada e não-lucratividade, porém com mais estabilidade e transparência.

60. Contudo, por meio do Acórdão 2.276/2021-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, foram levantadas críticas ao modelo à época: alternativa societária a ser adotada; critérios de distribuição dos direitos políticos e econômicos dos acionistas; critérios de rateio de custos e de investimentos; amortização dos investimentos; estudos e projetos definidores dos investimentos necessários em nível conceitual; mecanismo de gatilho para novos investimentos; remuneração da SPA; e cláusula de dissolução por eventual concessionário da SPA.

61. A propósito, **a documentação encaminhada ao TCU neste processo de desestatização trouxe avanços face as análises do referido Acórdão, o que contribuiu para a celeridade das análises nos moldes da IN-TCU 81/2018.**

II.4. Consulta Pública 1/2020

62. Foi realizada a Consulta Pública 01/2020-SPA, no período de 29/12/2020 a 27/2/2021, com o objetivo de "obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos referentes à modelagem proposta pela Autoridade Portuária para a gestão, operação, manutenção e expansão da Ferrovia Interna do Porto de Santos (FIPS)".

63. A correspondente audiência pública foi realizada em 10/2/2021 (<https://www.youtube.com/watch?v=Afi7mMUVVhw>).

64. Conforme mencionado no Acórdão 2.276/2021-Plenário, a solução elaborada à época pela SPA para a gestão da Fips, apesar de aparentar estar alinhada ao interesse público, exigia aprimoramentos para evitar problemas e incrementar a probabilidade de atingimento dos objetivos propostos.

65. Alguns desses pontos, seja pelas contribuições recebidas pela SPA após a consulta pública, seja por comentários e questionamentos da equipe do levantamento, já estavam sendo endereçados e alterados para a versão final da documentação que seria apresentada ao TCU.

66. Em relação ao objetivo de mitigar possível concentração de poder decisório com o operador ferroviário responsável pelo maior volume de movimentação de cargas na Fips, esse tema já havia sido registrado como preocupação do levantamento (Peça 47 do TC 006.817/2021-1, p. 30), com a ressalva de que a SPA estaria estudando mecanismo para enfrentar esse desafio, após consulta e audiência pública e com base nas contribuições do TCU à época:

130. Se a tomada de decisão, no âmbito da SPE encarregada de operar a FIPS, for realizada apenas com base na participação de cada operador na movimentação, na prática, a Rumo determinará tudo sozinha.

131. Até a última versão da compilação de contribuições e respostas da consulta pública que foi recebida pela equipe de auditoria (peça 35), a SPA não havia se posicionado formalmente a este respeito. No entanto, nas reuniões com a SNPTA e a SPA, foi mencionado pelos gestores que os mecanismos de governança seriam revistos para mitigar a concentração de poder decisório nas mãos do acionista majoritário, que atualmente seria a Rumo, conferindo maior poder político aos minoritários.

132. Apesar de não concluídos os ajustes e de não haver registro formal do critério que será adotado, **chegou-se a informar à equipe que estava sendo estudado mecanismo para ratear parte do poder político igualmente** entre os participantes e o restante em função da movimentação, considerando o histórico e a projeção futura de cada participante.

67. Assim, a SPA enviou ao TCU os estudos e a documentação já consolidados com os resultados decorrentes de consulta e audiência públicas realizadas, conforme dispõe o art. 3º da IN TCU 81/2018, sem perder de vista que o levantamento representado pelo Acórdão 2.276/2021-Plenário minimizou a existência de achados de auditoria neste processo, tendo em vista que parte dos problemas foi resolvida antes do envio da documentação completa a esta Corte de Contas, no âmbito deste processo de desestatização.

III. Delimitação do escopo e não-escopo do trabalho

68. No que concerne à análise do escopo, nos termos do art. 9º da IN-TCU 81/2018 e conforme Despacho de 14/3/2022 (Peça 44), a análise de mérito da cessão onerosa de uso da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips) abarcou exclusivamente os seguintes tópicos:

a) integração da Fips com o trecho ferroviário denominado “Ferradura”, operado atualmente pela concessionária MRS, no que diz respeito à governança operacional do processo de programação diária integrada da Baixada Santista;

b) garantia de aumento de capacidade (estática e dinâmica) para atendimento da demanda de transporte ferroviário projetada (orçamento conceitual dos investimentos e seus gatilhos);

c) definição adequada de regras de rateio de custos e investimentos entre associados investidores, associados não investidores e eventuais operadores ferroviários não associados;

d) aspectos essenciais da governança corporativa da associação, incluindo as competências fiscalizatórias da SPA, ANTT e Antaq e os mecanismos contratuais de “freios e contrapesos”, de modo a mitigar possível concentração de poder decisório com o operador ferroviário responsável pelo maior volume de movimentação de cargas na Fips;

e) elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento;

f) mecanismos à disposição da Cedente que visem garantir o cumprimento pela Cessionária de suas responsabilidades em relação à **regularização ambiental** da ampliação e operação da Fips; e

g) benchmarking internacional.

69. Além disso, foram incluídas no exame técnico algumas ponderações sobre a **viabilidade jurídica da contratação da Associação Cessionária**, uma vez que a modelagem prevê contratação sem realização de licitação e uma gestão compartilhada do ativo ferroviário por parte dos seus operadores, sem finalidade lucrativa.

70. À luz do art. 2º, § 3º, da IN-TCU 81/2018, observado o princípio da significância, de acordo com os critérios de materialidade, relevância, oportunidade e risco, não fizeram parte do exame de mérito os temas não relacionados nos parágrafos acima.

71. Não obstante as definições de não escopo levantadas alhures, cabe esclarecer que as informações excluídas da presente análise não foram obliteradas da esfera de competência desta Corte, na medida em que poderão ser examinadas em sede de processos de controle externo de outra natureza, se necessário.

72. Cabe registrar, outrossim, que, tendo em vista a magnitude e complexidade do empreendimento, bem como a abrangência de seus impactos e a quantidade elevada de envolvidos, de modo a coletar subsídios para a análise a ser efetuada, foram oportunizadas e realizadas as seguintes reuniões com os principais atores do setor:

Tabela 1 - Reuniões realizadas com os principais atores do setor e principais eventos

Data	Participante(s)	Detalhes
dez/20	-	Consulta Pública nº. 01/2020- SPA
fev/21	-	Audiência Pública nº. 01/2021-SPA
24/fev	-	Envio dos documentos ao TCU
01/fev	-	Início da auditoria
16/fev	SPA	Autoridade Portuária
22/fev	Rumo	Semana de reuniões com os operadores ferroviários do Porto de Santos (Possíveis associados investidores ou não investidores)
23/fev	VLi	
24/fev	MRS	
25/fev	-	Fim da fase de planejamento
03/mar	SPA	Autoridade Portuária
08/mar	SPA	Autoridade Portuária
08/mar	Rumo	Operador ferroviário com maior volume de movimentação de carga
14/mar	-	Despacho (peça 44) do Ministro Relator, sobre o escopo da auditoria
15/mar	SPA	Autoridade Portuária
22/mar	Vários convidados	Painel de Referência em cumprimento ao Despacho de peça 34
24/mar	SPA	Autoridade Portuária
25/mar	-	Fim da fase de execução
31/mar	SPA	Autoridade Portuária
04/abr	SPA	Autoridade Portuária
12/abr	SPA	Autoridade Portuária
26/abr	VLi e MRS	Possíveis associados minoritários

Fonte: Confeção própria. Dados obtidos pela equipe de auditoria.

73. Por fim, mesmo após o fim do prazo para execução da auditoria, nota-se que foram realizadas reuniões entre a equipe de auditoria e a Autoridade Portuária, o que resultou em **mudanças de entendimento importantes para aprimorar a modelagem original encaminhada ao TCU**, conforme será evidenciado no exame técnico.

EXAME TÉCNICO

74. Inicialmente, convém destacar que toda a auditoria e todas as análises realizadas respeitaram as escolhas lícitas da SPA, em plena observância aos limites da discricionariedade da Autoridade Portuária, valendo destacar trecho do voto do Acórdão TCU 4.037/2020-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamim Zymler:

Tais medidas devem ser propostas com parcimônia, sob pena de, substituindo-se ao regulador, **adentrar-se em atos praticados no exercício das competências discricionárias daqueles entes**. Cumpre lembrar que uma das características fundamentais das agências é exatamente a **liberdade para fazer escolhas lícitas, com as quais o TCU pode ou não concordar, mas deve sempre respeitar**.

Dito de outro modo, caso este Tribunal decida intervir quando entender que a opção discricionária adotada pela agência não foi a melhor, ele estará se imiscuindo na esfera de atribuições dos dirigentes dessa entidade e, pior, incrementará a insegurança jurídica. Logo, provocará um efeito oposto ao desejado.

Assim sendo, no âmbito do controle objetivo, esta Corte deve pautar sua atuação pela observância dos limites da discricionariedade dos entes reguladores, devendo atuar apenas quando houver descumprimento de normas, abstendo-se, por outro lado, de sugerir alterações quando se tratar de escolhas lícitas. (grifos acrescidos)

75. Na prática, ao identificar e fundamentar a aparente melhor escolha dentre escolhas lícitas possíveis e após as contribuições do Painel de Referência, sem perder de vista várias reuniões realizadas com os operadores ferroviários, a equipe da SeinfraPortoFerrovia realizou reuniões com os gestores, que, por sua vez, retificaram parte da modelagem quando havia concordância, sem que houvesse qualquer prejuízo à sua liberdade para fazer escolhas lícitas. Respeitou-se, plena e continuamente, o exercício das competências discricionárias da SPA.

76. A Carta SPA-DIPRE-GD/118.2022 explicita em sua introdução o ambiente de reuniões técnicas e periódicas que permitiu a apresentação de retificações relevantes na modelagem original (Peça 72, p. 1):

Cumprimentando-o cordialmente, **reportamo-nos às reuniões de acompanhamento realizadas** entre essa Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) e a Autoridade Portuária de Santos (Santos Port Authority – SPA) no âmbito do processo em epígrafe, que tem por escopo analisar e avaliar a modelagem para a gestão, operação, manutenção e expansão da Ferrovia Interna do Porto de Santos (FIPS).

Ao final dessa etapa de reuniões periódicas de acompanhamento, **a SPA promoveu alterações e ajustes pontuais nos documentos que integram a modelagem**, os quais endereçam os apontamentos feitos pela SeinfraPortoFerrovia no âmbito deste processo e que estão consolidados nas versões ora submetidas ao Tribunal de Contas da União. (grifos acrescidos)

A. Viabilidade jurídica da contratação

77. A SPA propôs uma contratação baseada na oportunidade de negócio prevista no art. 28 da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre os casos aplicáveis às empresas estatais de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Consoante o inciso II do §3º do referido artigo, a licitação pode ser dispensada nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a **oportunidades de negócio** definidas e específicas, justificada a inviabilidade de

procedimento competitivo. A autoridade portuária também apresentou parecer jurídico contratado com o objetivo de demonstrar a legalidade da modelagem.

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

78. Esse tema já foi tratado pelo TCU no voto do Acórdão 2.488/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamim Zymler, valendo destacar:

117. Da leitura desse dispositivo legal, constato que a contratação direta da empresa parceira depende:

a) da configuração de uma **oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos**, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do art. 28 da Lei das Estatais;

b) da **demonstração da vantagem comercial** que se espera advirá para a empresa estatal; e

c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta **condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas** que atuam naquele mercado; e

d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

(...) 139. Também considero relevante a alegação da Telebras no sentido de que a Lei 13.303/2016 submeteu a contratação associativa a um **regime distinto da inviabilidade de competição propriamente dita**. Nesse sentido, é possível afastar a licitação com fulcro em fatores que variam nos casos concretos. Assim, por exemplo, **a pertinência e compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes devem ser sopesadas**.

79. No caso concreto analisado nestes autos, a Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips) se caracteriza como ferrovia não autônoma, de gestão da SPA, para a qual se propõe a cessão de uso onerosa a uma associação sem fins lucrativos (pendente de criação), que será criada e gerida pelos operadores ferroviários que acessam a Fips, em regime de cooperação e por iniciativa voluntária, com repartição dos custos e investimentos, visando obter ganhos de eficiência operacional, maior rapidez

para a realização de obras essenciais ao Porto com investimentos privados, redução de custos logísticos e aplicação de boas práticas de transparência e governança.

80. A inviabilidade de competição é entendida, neste caso, como a **inconveniência do processo competitivo**, que levaria a maiores custos aos usuários finais, sendo dada a oportunidade de participação a todos os operadores ferroviários do Porto de Santos no momento da constituição da Associação, bem como periodicamente, de dois em dois anos. Pretende-se, com a modelagem apresentada, a prestação eficiente dos serviços de gestão, operação, manutenção e expansão da Ferrovia interna, assegurando à própria Autoridade Portuária meios efetivos de gestão contratual e fiscalização, a fim de implementar maior transparência à gestão da Fips.

81. Diante disso, percebe-se que o modelo associativo proposto demonstra **(i)** uma vantagem comercial, pela expectativa de ganhos de eficiência operacional, maior rapidez para a realização de investimentos essenciais, sem aporte de recursos públicos, e redução de custos logísticos, **(ii)** a superioridade dos parceiros escolhidos e a comunhão de filosofias empresariais, por se tratar dos próprios operadores ferroviários que acessam a Fips, **(iii)** a pertinência e compatibilidade de projetos de longo prazo, materializados nos investimentos mínimos, adicionais e complementares previstos, e **(iv)** a complementariedade das necessidades, já que os próprios interessados em acessar a Ferrovia interna, sob supervisão da Autoridade Portuária, serão responsáveis pela sua gestão, operação, manutenção e expansão.

82. Consequente e essencialmente, a modelagem apresentada pela SPA está compatível com o inciso II do §3º do art. 28 da Lei 13.303/2016 e com os requisitos do voto do Acórdão 2.488/2018-TCU-Plenário.

83. Contudo, permanece o risco de manifestação de interesse por apenas um Associado ou a ausência de interessados na qualidade de investidores, conforme ponderações da própria SPA (Peça 53, p. 2 e 3):

Entretanto, por força do disposto no art. 5, inciso XX, da Constituição Federal, ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado. Em função disso, **é possível que no âmbito do Chamamento Público a ser instaurado pela SPA, somente um operador ferroviário manifeste interesse** em se responsabilizar pela gestão e operação da FIPS.

Todavia, no nosso entender, tal circunstância não implicará desvirtuamento da modelagem proposta, podendo, tão somente, resultar em uma proposição alternativa de novo arranjo societário que seja juridicamente aderente às premissas do projeto, tais como a não lucratividade, cooperação operacional, e transparência da gestão. (...)

Feitas essas considerações, na remota hipótese de não haver interessado em integrar a Associação na qualidade de investidor, caberá à Cedente, em conjunto com o Ministério da Infraestrutura e a Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, avaliar a melhor alternativa para a realização dos aportes dos recursos necessários para viabilizar a execução dos investimentos.

84. Quanto à possibilidade de não haver interessado em integrar a Associação na qualidade de investidor, a SPA apresentou arrazoado em que explicita que há incentivos econômicos, dados pela modelagem da cessão onerosa, para que as concessionárias ferroviárias que operam no Porto de Santos se tornem Associados Investidores. Nas contas apresentadas, dadas as diferenças nos custos de captação de recurso financeiro e considerando a totalidade dos investimentos mínimos a serem financiados (R\$ 891 milhões), a diferença fica favorável em mais de R\$ 170 milhões, a valor presente, caso a concessionária venha a ser associado investidor em relação à opção de ser associado não investidor ou apenas operador ferroviário não associado (peça 64).

85. Todavia, a ausência de associados investidores comprometeria toda a lógica que fundamenta a modelagem atual, a qual pressupõe a realização de investimentos privados, sem necessidade aporte de recursos públicos, por operadores ferroviários que acessam o Porto de Santos.

Consequentemente, a cessão onerosa da Fips não poderá ser viabilizada nos moldes propostos pela SPA caso nenhum dos operadores manifeste interesse em ingressar como associado investidor.

86. Já quanto à possibilidade de haver só um interessado em ingressar na associação, apesar de o projeto exigir premissas como a não lucratividade, a cooperação operacional, a transparência da gestão e o controle pela SPA, a hipótese de apenas um associado no início da Associação, com probabilidade significativa de ser a Rumo, pode desvirtuar a essência do projeto e o aproximar do contexto do contrato de arrendamento DP 25/2000.

87. Além disso, não se deve perder de vista que uma Associação pressupõe a participação de no mínimo dois associados, em sintonia com o art. 53 do Código Civil, cuja redação contém termos no plural: “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de **peças que se organizem** para fins não econômicos.”

88. Contudo, tem-se um evento com baixa probabilidade de ocorrência. Na verdade, o modelo associativo proposto tem maior probabilidade de sucesso devido ao já existente “**acordo voluntário** entre os operadores ferroviários que acessam o Porto de Santos”, com o “funcionamento harmonioso alcançado pela autorregulação operacional e pelo plano conjunto de priorização e rateio dos custos e investimentos no Cinturão Ferroviário do Porto de Santos”, conforme evidenciado pelo relatório do Acórdão 787/2021-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro. Além disso, a oportunidade de participar das decisões da Associação, podendo influenciar na gestão da Fips, é algo que dificilmente os operadores ferroviários dispensarão.

89. De qualquer forma, a viabilidade jurídica da modelagem atual restará prejudicada no cenário pouco provável de um único Associado, seja pelo desvirtuamento da essência da modelagem, seja pela impossibilidade legal exposta no art. 53 do Código Civil.

90. Assim, no entendimento desta SeinfraPortoFerrovia, a modelagem proposta tem viabilidade jurídica, **ressalvando-se que a concretização da cessão da Fips, nos moldes apresentados, depende das seguintes condições: a participação de mais de um associado; e a existência de pelo menos um associado investidor.**

B. Garantia de aumento e manutenção de capacidade

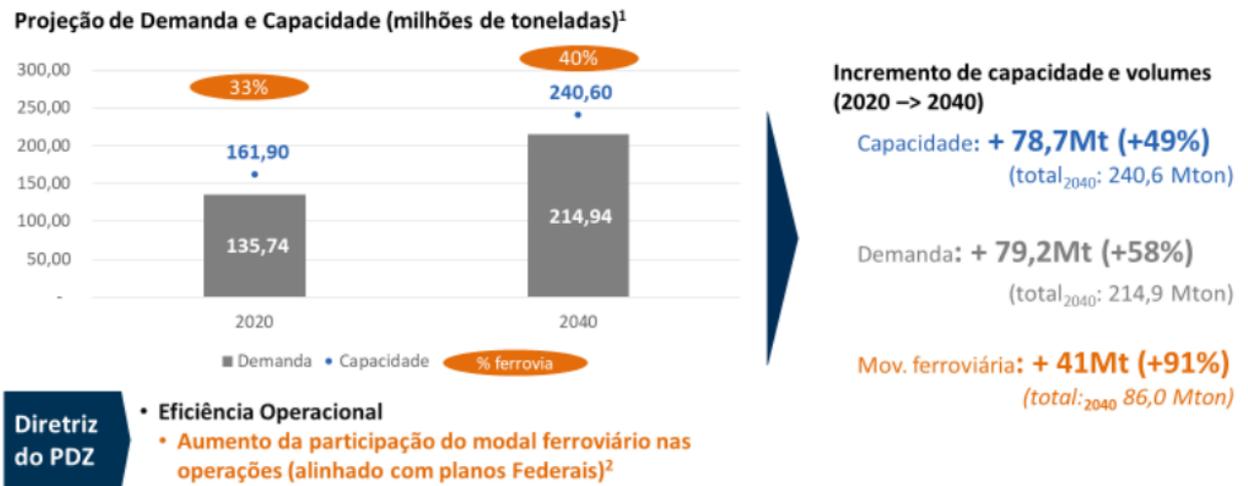
B.1. Contextualização

91. A garantia de aumento de capacidade foi apontada como um dos aspectos prioritários do projeto da Fips, assim como da prorrogação antecipada da concessão da MRS e no relatório de levantamento realizado em 2021. **A necessidade de expansão expressiva e urgente da capacidade de transporte ferroviário no interior do Porto de Santos foi uma das justificativas da modelagem proposta.**

92. Segundo o ato justificatório da modelagem, publicado pela SPA em seu sítio na internet (peça 65, p. 4), o estudo das possíveis modelagens para delegação da Fips foi norteado pela premente necessidade de realizar robustos investimentos nos acessos rodoferroviários no Porto de Santos.

93. O documento consigna que o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) do Porto de Santos projeta a ampliação de capacidade e volume de carga ferroviária em cerca 45 milhões de toneladas para os 20 anos seguintes (passando de 45 milhões de toneladas (Mton) para aproximadamente 90 Mton), com correspondente elevação da participação do modal de 33% para 40% da movimentação.

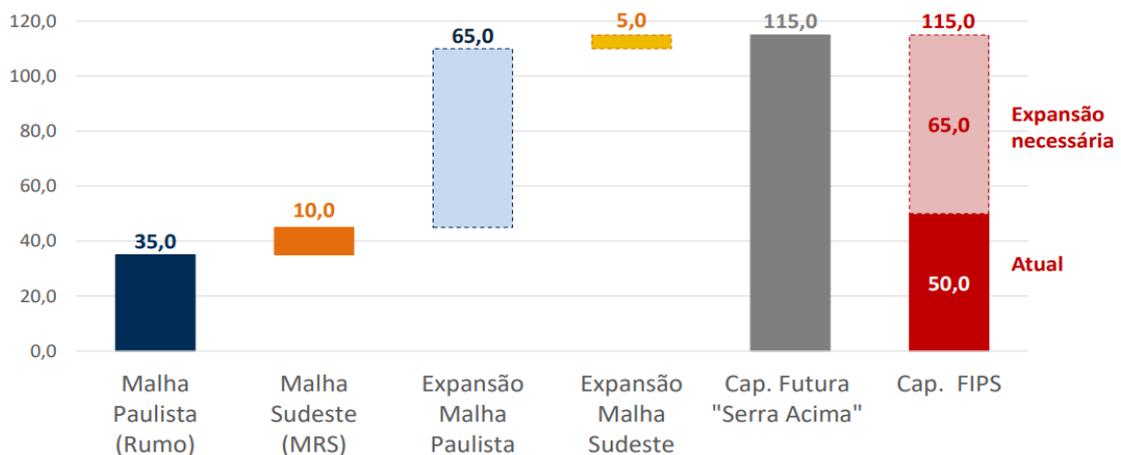
Figura 3 – Projeção de movimentação de cargas no Porto de Santos (2020-2040)



Fonte: Ato Justificatório – SPA (peça 65, p. 5).

94. Além disso, consideraram-se também os incrementos de carga previstos nas prorrogações antecipadas das concessões das duas malhas ferroviárias que acessam a Baixada Santista, Rumo Malha Paulista (TC 009.032/2016-9) e MRS (TC 025.914/2021-9), cuja capacidade somada deve chegar a 115 milhões de toneladas. Assim, para estar apta a receber este volume de cargas, a Fips precisa de uma ampliação de 65 Mton, representada no gráfico seguinte.

Figura 4 – Capacidade ferroviária do Porto de Santos – atual e futura (Mton/ano)



Fonte: Ato Justificatório – SPA (peça 65, p. 6).

95. Não apenas as operadoras ferroviárias, mas também os terminais portuários têm realizado investimentos para aumentar sua capacidade de recepção de cargas pelo modal ferroviário. As empresas arrendatárias TXXXIX (T39), ADM e TES, por exemplo, estariam em processo de expansão de suas capacidades de 7 Mton para mais de 21 Mton por ano. Além disso, as modelagens para novos arrendamentos portuários incluem investimentos obrigatórios para a recepção de cargas pela via ferroviária, como observado nos leilões das áreas STS14 e STS14A para terminais de celulose, realizados em agosto de 2020 pelo MInfra e vencidos pelas empresas Eldorado e Bracell, respectivamente.

B.2. Plano de Investimentos Mínimos

96. Assim, com as expectativas de aumento de capacidade e movimentação, tanto por parte das concessionárias ferroviárias que acessam o porto, quanto dos terminais atuais e futuros que receberão cargas por este modal, sendo que a capacidade de transporte ferroviário da Fips já estaria próxima de se esgotar, foram inseridas como obrigação inicial e de curto prazo – até 5 anos – as obras listadas no Anexo I – Plano de Investimentos Mínimos (peça 75), reproduzidas resumidamente a seguir.

Tabela 2 – Lista de investimentos mínimos

ID	Modal	Projeto	Prazo	Estimativa de investimento (R\$ milhão)
1	Rodo	Viaduto Rodoviário "Y" - Pátio Mesquitinha - Marinha	Até 5 (cinco) anos	63
2	Rodo	Viaduto Canal 4	Até 5 (cinco) anos	42
3	Passarelas	Solução em desnível para conflitos em Passagens em Nível de Pedestres no Macuco	Ano 1 (um)	22
4	Ferro	Pera Ferroviária Outeirinhos	Até 5 (cinco) anos	98
5	Rodo	Viadutos Rodoviários para acesso ao terminal de Fertilizantes interno a Pera ferroviária	Até 5 (cinco) anos	100
6	Passarelas	Solução em desnível para conflitos em Passagens em Nível de Pedestres - Paquetá - Outeirinhos	Ano 1 (um)	16
7	Rodo	Viaduto Rodoviário da Segunda Entrada de Santos	Até 5 (cinco) anos	250
8	Ferro	Isolamento da Faixa de Domínio Ferroviária (1)	Ano 1 (um)	4
9	Ferro	Revitalização da Malha Ferroviária do Porto de Santos (2)	Até 5 (cinco) anos	76
10	Ferro	CTC "Controle de Tráfego Centralizado" (3)	Até 5 (cinco) anos	78
11	Ferro	Remodelação pátio ferroviário de Conceiçãozinha	Até 5 (cinco) anos	15
12	Ferro	Acesso Ferroviário para a Ilha Barnabé	Até 5 (cinco) anos	72
13	Ferro	Pátio Macuco Celulose STS 14 (Eldorado) e STS 14A (Bracell)	Ano 1 (um)	55
Total				891

Fonte: elaboração própria com dados da peça 75.

97. A este respeito, segundo consignado no Relatório de Levantamento (TC 006.817/2021-1), o Secretário da Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários explicou que a capacidade ferroviária dentro do Porto já estaria em seu limite e que todos os investimentos listados no projeto seriam urgentes e de curtíssimo prazo, para os próximos 5 anos. Informou, ainda, que não se pode correr o risco de a ferrovia interna se tornar o gargalo do sistema, prejudicando o objetivo de mudança de matriz de transporte expresso nos diversos instrumentos de planejamento logístico do MInfra e no próprio PDZ, comprometendo o escoamento das exportações brasileiras.

98. Assim, o Plano estabelece os investimentos mínimos a serem realizados pela Associação para a expansão da capacidade de movimentação pelo modal ferroviário, de forma a garantir que a Fips “tenha capacidade instalada para atender integralmente a demanda atual e projetada para os próximos anos, estando adequada com a capacidade das malhas ‘serra acima’ que acessam o Porto” (peça 75, p.1).

99. Um aspecto do modelo de cessão da Fips que vale destacar é que **os projetos dos investimentos mínimos foram apresentados em nível conceitual**, com menor nível de detalhamento que os de uma prorrogação de concessão. Não foram apresentados projetos básicos nem executivos. Conforme já havia sido consignado no levantamento, não há necessidade de detalhamento tão elevado porque o custo das obras não impacta em equação econômico-financeira que resultaria no VPL do

projeto, como ocorreria em uma concessão e resultaria na formação da tarifa. Em razão da opção de gestão não-lucrativa, por rateio de custos, não há que se falar em equilíbrio econômico-financeiro. A cessionária será responsável pela elaboração dos projetos executivos e terá liberdade para definir seus parâmetros para atender à necessidade de capacidade da maneira mais lógica e eficiente, submetendo-os à aprovação da SPA.

100. O que é relevante para a Fips é a geração de capacidade, sendo sobre isso que a cessionária será cobrada. Por outro lado, se for possível atingir a capacidade necessária com investimento menor do que o estimado, desde que realizadas as obras listadas no plano, será positivo para a cessionária e para os usuários. Além disso, sendo o projeto executivo realizado posteriormente pelo cessionário, são reduzidos o tempo necessário e os custos para a concretização do chamamento público da Fips. Neste sentido, manifestou-se o MInfra por meio da Nota Informativa Conjunta 1/2021/CGFERP/DEAP/SFPP-MINFRA (peça 4, p. 8):

62. No que se refere ao nível de detalhamento dos Investimentos Mínimos, serão mantidos os projetos funcionais/conceituais disponibilizados pela SPA no âmbito da Consulta Pública nº. 01/2020.

63. Conforme explanado por ocasião das respostas às contribuições, a modelagem da FIPS exige que a Cessionária assegure a adequação da capacidade instalada com a movimentação de carga atual e projetada. Noutras palavras, exige-se que a Cessionária atinja a finalidade pretendida com tais investimentos.

64. Além disso, as razões para se exigir os investimentos em nível executivo no âmbito de concessões não existem para o presente caso, tendo em vista que o arranjo jurídico do Contrato de Cessão é baseado na não lucratividade da Cessionária, com o rateio de custos e despesas entre as operadoras ferroviárias que acessam a FIPS, bem como pela ausência de recomposição econômico-financeira do contrato.

65. Outrossim, o nível conceitual dos investimentos confere liberdade à Cessionária quanto à solução de engenharia a ser empregada.

66. Neste sentido, em linha com as premissas de autorregulação da Cessionária e de suprimento da necessidade de geração de capacidade ferroviária, independentemente do valor dos investimentos, a Cessionária submeterá para aprovação da Cedente os projetos executivos e os respectivos cronogramas físico-financeiros com a ordem de prioridade de execução.

67. Destaca-se, ainda, que a Cessionária poderá executar os Investimentos Mínimos com redução dos custos estimados no Plano de Investimentos, desde que observe o prazo máximo fixado no Contrato de Cessão, assim como mantenha os padrões de segurança e qualidade. Como muito bem colocado pela SeinfraPortoFerrovia no Levantamento de Auditoria, no modelo proposto para FIPS, “há um alinhamento de interesses. Donos de carga, terminais, operadores ferroviários e autoridade portuária, todos querem maior capacidade à melhor capacidade ao menor custo de transporte. **Como a utilização será remunerada por rateio de custos, os investidores não se apropriarão de eventual excedente que pudesse ser gerado por um investimento inferior ao orçado.**” (destacamos)

68. Ressalta-se, por fim, que detalhar previamente os Investimentos Mínimos em nível de “projeto executivo”, certamente comprometerá o cronograma para publicação do Edital de Chamamento Público (prevista para o 1º semestre de 2022) e, conseqüentemente, afetar a execução de investimentos considerados imprescindíveis para atender a demanda projetada para o Porto de Santos em curto e médio prazos.

101. A necessidade urgente de aumento de capacidade, aliada à configuração do projeto, com investimento e operação privados, compartilhamento de custos e não-lucratividade são as principais justificativas para o menor detalhamento dos projetos.

102. Durante o período de consulta pública, a SPA recebeu contribuições que questionaram a pertinência da inclusão de algumas das obras listadas no Anexo I (peça 66, p.15):

Propõe-se a revisão do Plano de Investimentos, para incluir apenas projetos que efetivamente tenham relação direta com a expansão da capacidade de movimentação de cargas na FIPS, e que beneficiem os Usuários acionistas [atuais Associados Investidores] que contribuíram com os respectivos investimentos.

103. A este questionamento, a SPA respondeu (peça 66, p.15):

Contribuição rejeitada. Todas as obras rodoferroviárias previstas no Plano de Investimentos têm relação direta com a FIPS e visam melhorar a eficiência operacional e a segurança do sistema ferroviário do Porto de Santos. Como exemplo, cita-se a eliminação de passagem de nível com a ferrovia, que eliminará o tempo de parada das composições e, por conseguinte, aumentará a eficiência operacional.

104. Embora a SPA tenha respondido desta forma, entre a consulta pública e o envio da documentação ao TCU foram promovidas diversas modificações no Plano de Investimentos Mínimos (peça 2, p. 28):

Desde a consulta pública, o Plano de Investimentos Mínimos sofreu modificações de modo a adequá-lo não só ao contexto vigente (onde parte das obras foram concluídas ou estão em via de serem concluídas, bem como para contemplar a exclusão de parte dos investimentos da modelagem da FIPS já alocados em arrendamentos de terminais portuários), mas também para harmonizar com os investimentos previstos no processo de prorrogação antecipada do contrato de concessão da Malha Sudeste, da MRS Logística S.A. (“MRS”).

105. Com os ajustes mencionados, a estimativa de investimentos passou dos iniciais R\$ 1,83 bilhão para R\$ 920 milhões. Durante a presente auditoria, a equipe solicitou as memórias de cálculo usadas nas estimativas para os investimentos incluídos no Anexo I. A SPA enviou resposta (peça 62) por e-mail e anexou planilha com as memórias de cálculo e uma nova estimativa, atualizada, para o valor de todos os investimentos previstos. Nesta última versão, o valor total foi ajustado para R\$ 891 milhões.

106. Embora a estimativa de investimentos mínimos de responsabilidade da futura cessionária tenha sido reduzida em mais de 50%, os três grupos de operadores ferroviários interessados – Rumo, MRS e VLi – por ocasião do painel de referência e também em reuniões realizadas com a equipe de auditoria, ainda questionaram a necessidade de inclusão de algumas das obras previstas: viaduto rodoviário "Y" - Pátio Mesquitinha – Marinha; viaduto no Canal 4 para solução de conflito de acesso na Bacia do Canal 4; solução em desnível para conflitos em passagens em nível de pedestres no Macuco (passarelas T-Grão, NST e Citrosuco); viadutos rodoviários para acesso ao terminal de fertilizantes interno à pera ferroviária; solução em desnível para conflitos em passagens em nível de pedestres - Paquetá – Outeirinhos; viaduto rodoviário da segunda entrada de Santos; e o acesso ferroviário para a Ilha Barnabé. As operadoras defendem que tais obras sejam custeadas pelos terminais portuários beneficiados, ou incluídas no processo de desestatização do Porto, ou ainda postergadas e condicionadas à demanda futura.

107. A Associação Nacional dos Usuários do Transportes de Carga (Anut) também manifestou preocupação sobre a possibilidade de os investimentos alocados à Fips serem maiores do que o necessário, alegando que, no final das contas, quem pagará por eles é a carga, ou seja, o valor seria incluído no frete pago pelos donos de carga.

108. A SPA sustentou o entendimento de que todas essas obras têm relação direta com a eficiência da Fips e do Porto. Durante o painel de referência, o Presidente da SPA, Sr. Fernando Biral, se manifestou no sentido de que o modelo proposto tem a principal preocupação de reduzir os custos de transporte, e que no fundo todos os investimentos são inevitavelmente pagos pela carga, independentemente de qual parte tenha aportado os recursos.

109. Analisando os incentivos das diversas partes relacionadas presentes na modelagem, retoma-se o argumento do alinhamento de interesses, exposto anteriormente. Tanto as operadoras

ferroviárias quanto a SPA, os terminais e os donos de carga desejam transportar com eficiência e ao menor custo possível. Não se vislumbram motivos para as empresas que formarão a associação inflarem os investimentos, pois quanto menores forem os custos, desde que se atinja a eficiência necessária, mais interessante será o transporte ferroviário em relação a outros modais. Logo, sua capacidade de atração de cargas será maior, e com ela sua possibilidade de ganhos. Da mesma forma, a SPA não teria motivos para inflar investimentos e custos, pois isso se refletiria em menor eficiência do Porto, reduzindo sua competitividade interportos.

110. Apesar deste entendimento, a equipe solicitou da SPA a motivação para cada investimento, visando uma análise da coerência da inclusão de cada obra no Plano de Investimentos Mínimos (Ofício de Requisição 6-5/2022-TCU/SeinfraPortoFerrovia, de 1/4/2022, peça 67). A SPA respondeu por meio do documento SPA-DIPRE-GD/119.2022 e anexo (peça 69).

111. De maneira geral, argumentou que os investimentos foram definidos “com a certeza de que cada intervenção resultará no aumento da eficiência operacional da ferrovia interna do Porto de Santos” (peça 69, p.1). Informou que reavaliara a primeira versão do Plano, tendo suprimido alguns dos investimentos, que foram transferidos a terceiros para minimizar o impacto financeiro para a modelagem da Fips, sem comprometer os ganhos de eficiência operacional.

112. Justificou que os demais investimentos não ferroviários (obras rodoviárias e as passarelas) que permaneceram no projeto da Fips foram mantidos porque sua eventual inclusão, em outros projetos correntes no Porto de Santos, impactaria sua viabilidade econômico-financeira, além da impossibilidade de execução direta pela SPA.

113. Para ilustrar esta afirmação, os gestores da SPA explicaram à equipe de auditoria que o viaduto que dará acesso ao futuro terminal de fertilizantes e que será construído dentro da pera ferroviária, por exemplo, é um destes casos em que sua inclusão como obrigação do arrendamento poderia comprometer a atratividade do projeto e frustrar o certame. No entanto, o viaduto é fundamental para que a área interna da pera possa ser utilizada de maneira eficiente e sem causar transtornos à operação ferroviária.

114. Em vista das justificativas apresentadas, não se questiona se as obras incluídas no Plano de Investimentos, de maneira direta ou indireta, terão impactos na eficiência operacional da ferrovia do Porto. A equipe de auditoria não encontrou óbices à inclusão de qualquer das obras individualmente, de maneira que deve ser respeitada a discricionariedade dos gestores para a definição de quais investimentos serão incluídos na Fips ou em outros projetos, não se perdendo de vista que a modelagem proposta favorece a celeridade na realização dos investimentos.

B.3. Manutenção da capacidade (investimentos adicionais)

115. Conforme mencionado anteriormente, a cessionária terá liberdade na definição dos parâmetros de engenharia dos investimentos a serem realizados. No entanto, será cobrada pela geração e manutenção da capacidade. A minuta de contrato, em suas cláusulas trigésima quinta a trigésima sétima, prevê sanções, em caso de atraso injustificado no cronograma das obras, não apresentação de projetos executivos, descumprimento das providências necessárias para a manutenção da capacidade ou inexecução das obras, que vão desde multa até a rescisão unilateral do contrato pela Cedente (peça 74, p. 42 a 47). Assim, **caso a Cessionária não cumpra com sua obrigação contratual de entrega e manutenção da capacidade necessária, o contrato poderá ser rescindido.**

116. Além dos investimentos mínimos, a associação será responsável pela manutenção da capacidade ao longo do tempo, por meio de novos investimentos. Aqui, convém explicar a diferença entre **investimentos mínimos, adicionais e complementares**. O primeiro contém investimentos de melhoria e de ampliação da capacidade instalada da Fips, detalhados no Plano de Investimentos Mínimos (peça 75), a serem executados pela Associação nos 5 anos primeiros de vigência contratual. O segundo inclui intervenções, obras, atividades e serviços não previstos entre os investimentos

mínimos, mas que, constatado Índice de Saturação da Fips (ISF) superior a 80%, sejam indispensáveis para assegurar a adequada execução do objeto contratual. O terceiro refere-se a investimentos na Fips demandados pela Autoridade Portuária para o atendimento do interesse público ou decorrentes de iniciativa da Associação.

117. A minuta de contrato inicialmente submetida à consulta pública previa, na Cláusula Quarta, Parágrafo Terceiro:

“Constatada a saturação do Nível de Capacidade de Transporte, a CESSIONÁRIA deverá realizar Investimentos Adicionais para restabelecer o Nível de Capacidade de Transporte, sob pena de rescisão contratual e demais penalidades aplicáveis.”

118. Por ocasião do Levantamento, o TCU alertou para o fato de que o disposto na documentação original determinava que apenas quando a demanda atual e projetada se igualasse à capacidade seria acionado o gatilho para novos investimentos. Assim, a Fips muito provavelmente se tornaria um gargalo antes da conclusão dos investimentos adicionais.

119. Apontou-se a necessidade de tempo hábil, entre o atingimento do gatilho e a saturação da capacidade, para que os investimentos adicionais sejam concebidos, acordados entre Cessionária e Cedente, executados e concluídos antes de a ferrovia se tornar um gargalo.

120. Além disso, o relatório consignou que não havia sido identificado na documentação da Fips o método que seria usado para aferir a capacidade instalada da ferrovia. O TCU indicou que tal método deveria estar definido na documentação, uma vez que teria impacto direto no momento do acionamento dos gatilhos.

121. Também foi ressaltada a importância da participação da ANTT neste processo, haja vista sua experiência regulatória, que culminou com a inserção, nas últimas renovações de concessões ferroviárias, de cláusula de gatilho de expansão de capacidade, conforme pode ser visto nos termos aditivos assinados para a prorrogação antecipada da Malha Paulista (analisado no TC 009.032/2016-9), Estrada de Ferro Carajás (TC 018.841/2019-8), Estrada de Ferro Vitória Minas (TC 018.842/2019-4) e também na minuta do contrato da Ferrovia de Integração Oeste Leste (TC 039.356/2019-1).

122. Neste contexto, manifestou-se o MInfra, por meio da Nota Informativa Conjunta 1/2021/CGFERP/DEAP/SFPP-MINFRA (peça 4, p. 8):

Mecanismos de gatilho para novos investimentos

69. Em relação aos mecanismos de gatilho para novos investimentos, o apontamento do TCU em relação à fórmula constante originalmente no Anexo de Indicadores de Performance, foi no sentido de que se o gatilho para novos investimentos fosse acionado apenas quando a demanda atual e projetada se igualasse à capacidade, muito provavelmente a FIPS se tornaria um gargalo, pois esse tipo de projeto leva tempo considerável entre a concepção inicial e sua operacionalização.

70. A SPA alinhou-se a esse apontamento e a minuta do Contrato de Cessão foi revisada para prever que, mediante a aplicação da equação constante no Anexo Indicadores de Performance, sejam verificadas duas situações: (i) que o Índice de Saturação da FIPS (ISF), no período verificado, nunca seja superior à 90% (compatibilizado com o estabelecido para o Contrato de Concessão da MRS); e (ii) que caso o ISF esteja igual ou superior a 80%, a Cessionária deverá apresentar proposta de Investimento Adicional, a ser desenvolvida em prazo hábil que não implique em saturação superior à 90%, para readequar a capacidade instalada da FIPS.

71. **O desatendimento de ambas as situações poderá resultar na rescisão contratual**, sem prejuízo da aplicação das penalidades contratuais cabíveis.

72. Assim, a equação proposta foi alterada, para que reflita o exposto no parágrafo anterior, conforme apresentado:

$$ISF = \frac{CUF_{ano}}{CIF_{ano}}$$

Onde:

ISF = Índice de Saturação da FIPS

CIFano = Capacidade Instalada atual, em par de trens, na FIPS naquele período.

CUFano = Capacidade Utilizada, em par de trens, na FIPS naquele período.

73. No que se refere ao método de aferição da capacidade instalada, a minuta do Contrato de Cessão foi revisada para prever que, nos 90 dias subsequentes à celebração do Instrumento – durante a implantação do Plano de Transição Operacional – a Cessionária deverá apresentar projeção de capacidade instalada da FIPS sustentada por meio de modelo de simulação dinâmica, acompanhada de avaliação, a ser desenvolvida, no que couber, a partir de metodologia paramétrica para aferição de capacidade e saturação estabelecida em regulação, atual ou futura, da ANTT. Referido modelo deverá contemplar a estrutura de via permanente e os equipamentos rodantes, além de escalonar a capacidade instalada nos cinco primeiros anos de vigência contratual, em função do prazo máximo de execução dos Investimentos Mínimos.

74. Neste momento está em curso na ANTT o detalhamento da metodologia de aferição de capacidade e saturação ferroviária, considerando inclusive apontamentos já feitos pelo TCU. Os resultados obtidos por meio do modelo de simulação refletirão a capacidade instalada da FIPS – atual e projetada após a conclusão dos Investimentos Mínimos. Esses dados constituirão os parâmetros para aferir a aderência da infraestrutura rodoferroviária existente no Porto e o volume de carga a ser movimentada na FIPS.

75. A Cessionária deverá apresentar novo modelo de simulação dinâmica para a malha ferroviária, e nova avaliação paramétrica conforme regulação, atual ou futura, da ANTT, sempre que os parâmetros iniciais relativos à capacidade de movimentação da FIPS sofram alterações decorrentes de intervenções/investimentos.

123. A minuta de contrato, em suas cláusulas décima e décima primeira (peça 74, p. 14-15), em conjunto com o Anexo III – Indicadores de performance, item 4.a (peça 77, p. 3-4), definem as obrigações da Cessionária de manutenção da capacidade da forma como exposta no trecho transcrito, sob pena de rescisão contratual, em caso de descumprimento.

124. Ressalta-se a importância da inclusão, **em virtude de apontamento do TCU por ocasião do Levantamento**, da obrigação de apresentação do método de aferição da capacidade da ferrovia, uma vez que será base para o cálculo do gatilho de investimentos adicionais, bem como o deslocamento do gatilho para o índice de 80% e o estabelecimento de teto de 90% de ISF, conferindo a antecedência necessária para o planejamento e execução das obras.

125. Assim, considera-se que os ajustes promovidos pela SPA, entre a primeira versão dos estudos apresentados, por ocasião da Consulta Pública realizada, e a versão final apresentada ao TCU, por um lado reduziram em mais de 50% as obrigações iniciais de investimentos da Cessionária, reduzindo o impacto financeiro sobre a associação e sobre a carga ferroviária, e por outro trouxeram mecanismos contratuais capazes de conferir maior previsibilidade, transparência e segurança para que a Fips não venha a se tornar um gargalo para as operações portuárias.

C. Regras de rateio de investimentos, custos e despesas

126. As regras de rateio de investimentos, custos e despesas materializam uma das inovações da modelagem da Fips. Em vez de um concessionário que realiza investimentos, paga valor de outorga e tem uma margem definida a ser aplicada sobre os custos para zerar o VPL do projeto, o gestor da Fips será um cessionário, constituído por operadores ferroviários em associação, e operará em regime de não lucratividade, por meio de rateio de investimentos, custos e despesas.

127. Além de uma inovação, **as regras de rateio são também um dos pontos sensíveis e de alta relevância da modelagem**, pois têm repercussão em somas vultosas, tanto em termos de investimentos, quanto em termos de custos e despesas de operação, que serão divididos entre os usuários.

128. Cabe um esclarecimento sobre o conceito de usuários empregado na documentação da Fips. Não se trata dos usuários finais da ferrovia, os donos de carga, mas sim dos operadores ferroviários que usarão a Fips para transportar carga dos seus clientes até o destino. Serão três tipos de usuários previstos: Associados Investidores; Associados Não Investidores; e Operadores Ferroviários não Associados.

129. Atualmente, existem três grupos de operadores ferroviários que acessam o Porto de Santos. É possível que todos participem da associação como investidores, ou que só um ou dois deles participem desta forma, sendo que o(s) outro(s) pode(m) vir a ser associado(s) não investidor(es) ou ainda não se associar(em) e utilizar(em) a Fips como operador(es) ferroviário(s) não associado(s). Como já consignado, caso nenhum se disponha a participar como investidor, a cessão não tem condições de prosperar nos moldes atuais.

130. Como forma de incentivo à participação dos operadores como investidores e de promoção de equidade entre os usuários, foi definido mecanismo de compensação financeira dos não investidores para aqueles que realizarão os investimentos, que será detalhado adiante.

131. As regras gerais de rateio constam da cláusula 14ª da minuta do contrato de cessão, transcritas abaixo (Peça 74, p. 18-19), e são detalhadas no Anexo II (peça 76):

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – DOS INVESTIMENTOS, CUSTOS E SEU RATEIO

As cobranças realizadas pela CESSIONÁRIA aos Associados Investidores e aos Associados Não Investidores e Operadores Ferroviários não Associados visarão promover, exclusivamente, o rateio dos custos atrelados à realização do objeto do presente Contrato.

Parágrafo Primeiro. O rateio dos investimentos entre os Associados Investidores **será inicialmente proporcional ao volume médio de movimentação de cargas nos 2 (dois) anos anteriores à data de celebração deste Contrato e à projeção para os próximos 5 (cinco) anos.**

Parágrafo Segundo. **Quando se tratar de Associado Não Investidor e Operadores Ferroviários não Associados, o rateio contemplará, proporcionalmente aos volumes efetivamente movimentados, valores referentes às despesas, inclusive de capital, necessárias à depreciação dos Investimentos Mínimos, Adicionais e Complementares**, entre outros custos estabelecidos no Anexo II - Regras de Rateio de Investimentos, Custos e Despesas.

Parágrafo Terceiro

Os Associados Investidores poderão abater do valor das despesas oriundas da movimentação de suas cargas e na proporção dos investimentos por eles efetivados, os valores pagos pelos Associados Não Investidores e Operadores Ferroviários não Associados nos termos do Parágrafo anterior.

Parágrafo Quarto

A cada 2 (dois) anos a partir da data de constituição da Associação ou por ocasião da entrada de novo Associado, a CESSIONÁRIA deverá equalizar o rateio de custos e despesas entre os Associados, a fim de que seja proporcional à carga movimentada e ajustada ao investimento já realizado naquele mesmo período de 2 (dois) anos anteriores, observado o disposto no Anexo II – Regras de Rateio de Investimentos, Custos e Despesas.

Parágrafo Quinto

O prazo para equalização do rateio entre os Associados e as regras de rateio de que tratam esta Cláusula poderão ser redefinidos pela CESSIONÁRIA, desde que previamente anuído pela CEDENTE. (grifos acrescidos)

132. Assim, o rateio dos investimentos, entre os Associados Investidores, será inicialmente proporcional ao volume médio de movimentação de cargas nos 2 (dois) anos anteriores à data de celebração deste Contrato e à projeção para os próximos 5 (cinco) anos. O cálculo é expresso na seguinte fórmula (peça 76, p. 3):

Participação nos investimentos (i)

$$= \frac{\text{Média Volume Anuais (Últimos 2 Anos}_i\text{; Projetados próximos 5 Anos}_i\text{)}}{\text{Média Volume Anuais (Últimos 2 anos; Projetados próximos 5 anos)}_{\text{Total Associados Investidores}}}$$

133. Ressalta-se que a documentação inicial do projeto previa que esse cálculo seria realizado com base em 5 anos de histórico e 2 de projeções. Durante a consulta pública, houve contribuições que sugeriram que os investimentos fossem rateados exclusivamente pela projeção de volume incremental. O assunto foi analisado no levantamento (Peça 47 do 006.817/2021-1, p. 33) e a SPA não acatou a sugestão, mas promoveu alteração para considerar menos o passado e mais o futuro, como forma de onerar mais os usuários com maiores previsões de crescimento, conforme explicado na peça 2, p. 30:

d) Regras de Rateio de Investimentos, Custos e Despesas

As regras de rateio de investimentos tiveram seu critério revisado para prever que será inicialmente proporcional ao volume médio de movimentação de carga nos 2 (dois) anos anteriores à data de celebração deste Contrato e à projeção para os próximos 5 (cinco) anos. Assim, atribui-se maior peso à projeção de movimentação da operadora ferroviária do que ao histórico, de modo a assegurar que as Associadas que tenham o maior benefício com as obras tenham maior participação nos investimentos necessários para adequar a capacidade da FIPS.

Mitiga-se, ainda, o risco de onerar os Associados com participação minoritária na movimentação de cargas, mas sem excluir desses operadores ferroviários a responsabilidade por custear os investimentos, vez que o aumento de capacidade e eficiência gerados beneficiará o Porto como um todo.

134. Apesar desta manifestação, a equipe de auditoria solicitou que fossem indicadas as razões que motivaram a decisão quanto ao rateio de investimentos mínimos por meio da movimentação total, e não por outras formas sugeridas pelos operadores ferroviários, a exemplo de movimentação incremental ou por beneficiário de cada obra (peça 70, p.2).

135. A SPA respondeu (peça 70, p. 1-2):

Tal como acatado no próprio acórdão do Tribunal (Acórdão nº 2276.2021, páginas 27 e 28), a escolha de rateio proporcional à carga está fundamentada no fato da FIPS ser um sistema ferroviário único. Com efeito, no documento a Corte de Contas conclui corretamente que, em relação às cargas futuras: *“No momento em que a demanda suplementar chegar, todas as cargas terão a mesma expectativa de serem transportadas. Caso a expansão não seja realizada, haverá disputa pela capacidade disponível, com a saturação do sistema e prejuízos a todos.”*

Em seguida, o Tribunal, ainda, pondera, acertadamente, que a metodologia também seria adequada com relação à carga já existente, conforme exposto a seguir: *“Neste contexto [saturação do sistema], pode-se entender que os novos investimentos não são apenas para viabilizar a carga nova, mas também para garantir a continuidade do que já é movimentado. Assim, a divisão dos novos investimentos com base em toda a movimentação, e não só no delta de capacidade, também faz algum sentido.”*

Ademais, entre a publicação do Acórdão e o presente momento, a SPA fez alterações que mitigariam possíveis assimetrias de benefícios ao prever que:

1. Projeções de movimentação futuras foram incorporadas na alocação de novos investimentos, capturando as diferenças de expectativa de crescimento futuro.
2. No caso de projeções não se concretizarem, existem dispositivos para recompor investidores lesados pela ponderação inicial.

3. Com anuência da SPA, os critérios para rateio de investimentos e custeio podem ser alterados.

Conclui-se que os riscos inerentes a essa metodologia estariam suficientemente cobertos pelos dispositivos relatados acima. Por outro lado, manteve-se intactos os benefícios de uma metodologia simples e incontroversa – a celeridade para o processo decisório. Portanto, nota-se que a metodologia vai na direção de diminuir a pior situação para todos – a paralisia e a formação de gargalos logísticos.

136. Entende-se que a escolha da SPA é legítima, visto que os investimentos gerarão ganhos de produtividade e viabilizarão o transporte de toda a carga ferroviária no Porto, não apenas das cargas adicionais, com reflexos positivos inclusive nos outros modais. Ademais, existe a possibilidade de alteração futura dos critérios de rateio pelos associados da cessionária, mediante anuência prévia da SPA. E ainda, lembra-se que nenhum dos operadores ferroviários é obrigado a ingressar na associação como investidor.

137. Para o rateio dos custos e despesas, há distinção dos cálculos para investidores e não investidores. Os custos de operação, manutenção, variação de capital de giro, impostos e remuneração da Autoridade Portuária serão rateados entre todos, proporcionalmente à movimentação. No entanto, quando se tratar de Associado Não Investidor ou de Operador Ferroviário não Associado, será devida, além do rateio de custos, uma parcela de recomposição do capital investido pelos Associados Investidores.

138. Esta parcela também é calculada proporcionalmente aos volumes movimentados, e inclui a depreciação no período dos investimentos em expansão, mais o custo de capital dos investimentos realizados e ainda não depreciados, de acordo com a fórmula a seguir (peça 76, p. 5-6):

Equação (I): Parcela de rateio dos Associados Não Investidores e Operadores Ferroviários Não Associados, ou $P_{NI/OF}$:

$$P_{NI/OF} = \left(\frac{(Opex + Capex_{Man} + \Delta CG + DP \ Capex_{Exp} + K \ Capex_{Exp})}{(1 - Impostos - Rem AP)} \right) \times \left(\frac{Mov.NI/OF}{Mov.Total} \right)$$

Onde:

Opex: Total de Custos e Despesas com desembolsos efetivos.

Capex_{Man} (Manutenção): Total de Investimentos necessários relacionados à manutenção da operação, realizados em obras civis, instalações, máquinas, equipamentos, entre outros.

ΔCG (Variação no capital de giro): Variação total nos recursos alocados ao capital de giro (Δ Ativos Circulantes - Δ Passivos Circulantes).

DP Capex_{Exp}: Parcela oriunda da depreciação corrente, que relaciona somente aqueles investimentos de expansão, e não manutenção, devida pelos Associados Não Investidores e Operadores Ferroviários Não Associados aos Associados Investidores que realizaram os aportes de recursos na construção da nova infraestrutura e que beneficiam, proporcionalmente à movimentação de cargas, aos Associados Não Investidores e Operadores Ferroviários Não Associados. A depreciação será realizada ao longo da vigência contratual, pelo sistema de depreciação constante.

K Capex_{Exp}: Compensação devida pelos Associados Não Investidores e Operadores Ferroviários Não Associados aos Associados Investidores em função do custo de capital dos investimentos realizados que beneficiaram, proporcionalmente, aos Associados Não Investidores e Operadores Ferroviários Não Associados. O Custo de Capital que deve remunerar os Associados Investidores será de 9,38% ao ano, ou outro valor que venha a substituí-lo, taxa real, acrescida de inflação, igual ao valor estabelecido pela ANTAQ em sua modelagem de arrendamento. A taxa deverá incidir sobre o saldo de investimentos não depreciados. O saldo considerado deve ser aquele referente ao

início do período, antes de se integralizar novos investimentos e depreciação referentes aquele exercício.

Impostos: Alíquota de Impostos incidentes sobre a receita bruta.

Rem AP: Alíquota para remuneração da CEDENTE de 3%.

139. Percebe-se que para o cálculo do pagamento devido pelo usuário não investidor são somadas as despesas (em sentido amplo) com impacto no caixa da Associação (*opex*, *capex* manutenção e variações de capital de giro) e a parcela compensatória, composta pela despesa de depreciação mais o custo de capital. Sobre o resultado desta soma, são aplicados os impostos e a remuneração da AP. O montante é então multiplicado pela participação do usuário não investidor sobre o total de movimentação da Fips. Assim, ele arcará apenas com a parte destes custos, proporcional à sua movimentação.

140. Já a parcela de rateio dos associados investidores, por um lado, não inclui as despesas de depreciação e de custo de capital e, por outro, é descontada do excedente de caixa, gerado pelos usuários não investidores, proporcional à sua parcela de investimento (peça 76, p. 6-7):

Equação (II): Parcela de Rateio dos Associados Investidores, ou P_I :

$$P_I = \left(\left(\frac{(Opex + Capex_{Man} + \Delta CG)}{(1 - Impostos - Rem AP)} \right) \times \left(\frac{Mov \cdot Investidor}{Mov \cdot Total} \right) \right) - (EC \times \%CI)$$

Onde:

P_I : Parcela de Rateio dos Associados Investidores.

$$EC = \left(\frac{(DP Capex + K Capex)}{(1 - Impostos - Rem AP)} \right) \times \left(\frac{Mov \cdot NI/OF}{Mov \cdot Total} \right)$$

Representa o excedente de caixa (EC) gerado pelos usuários não investidores. Assim, ao subtrair o excedente proporcional das tarifas dos usuários investidores, resta a necessidade líquida de aporte no negócio.

$\%CI$: Participação no capital investido para a realização dos diferentes tipos de investimentos.

141. A auditoria identificou uma impropriedade na fórmula da equação (II), na versão da documentação enviada inicialmente ao TCU (peça 10, p. 6), que descontava da parcela a ser paga pelos investidores a totalidade dos pagamentos dos não investidores, o que geraria um fluxo de caixa negativo para a associação. Foi apontado que o correto seria descontar apenas a parcela compensatória, ou seja, o montante pago pelos não investidores a título de depreciação e custo de capital, que representa o excedente de capital gerado por eles.

142. A equipe alertou a SPA, que promoveu as correções necessárias tanto nesta fórmula quanto na equação (III), que, por sua vez, também precisou de ajustes decorrentes desta modificação. As alterações estão detalhadas à peça 45 e resumidas na peça 72, p. 1 e 4, transcrita a seguir:

A seguir, sintetizamos as alterações mais relevantes para análise da modelagem, as quais excluem ajustes de ordem formal, tais como modificações de redação e de referência.

(...)

4. Anexo II – Regras de Rateio, Custos e Despesas

Item 4. Critérios para o Rateio de Custos e Despesas - Retificação da Equação (II), que estabelece o rateio e a proporção entre os Associados Investidores e da Equação (III), que calcula o saldo de investimentos a ser compensado pelo novo Associado Investidor.

143. A previsão de que os eventuais novos associados podem optar por se tornar também investidores, por meio de compensação proporcional pelos investimentos já realizados, consta na cláusula oitava, parágrafo décimo da minuta de contrato (peça 74, p. 13):

CLÁUSULA OITAVA – DO CHAMAMENTO PÚBLICO PERIÓDICO

(...)

Parágrafo Décimo

Os novos associados que optarem por figurar como Associados Investidores serão responsáveis por recompor parte proporcional dos investimentos já realizados pelos demais Associados Investidores. A participação do novo Associado Investidor obedecerá a regras exposta no item 3.1. e 4.3 do Anexo II - Regras de Rateio de Investimentos, Custos e Despesas.

144. Após os ajustes realizados pela SPA, a equação (III) ficou como se segue (peça 76, p. 7):

Equação (III): Saldo não compensado no período (t) a ser pago pelo Associado Não Investidor (i), ou NAT:

$$NA_t = \%VP (i) \times ((Capex_t + IPCA_{Capex_t}) - (EC_t + IPCA_{EC_t})) \times \frac{AR}{AC}$$

Onde:

%VP Novo Investidor (i): Volume de Participação do Novo Associado Investidor será calculado como a média anual de movimentação do investidor (i) para o período relevante², dividido pela média do investidor (i) e demais investidores.

Capex_t: Soma dos investimentos feitos pelos Associados Investidores até o período (t).

IPCA_{Capex t}: Atualização monetária dos investimentos feitos pelos Associados Investidores até o período (t).

EC_t: Excedente de caixa acumulado até o período (t) (Economia de Caixa Gerado Por Não Investidores).

IPCA_{EC t}: Atualização monetária dos fluxos de caixa economizados pela operação até o período (t).

AR: Anos remanescentes até o fim da cessão ou fração.

AC: Anos de vigência da cessão.

145. A equação (III) parte do princípio de que os eventuais novos investidores que venham a ingressar na associação deverão recompor parte dos investimentos já realizados. A base para o cálculo, representada pela parte central da fórmula, é o Capex atualizado pela inflação, descontado dos excedentes de caixa acumulados até o período t, também corrigidos pela inflação. Ou seja, representa, em valores atualizados, o investimento realizado subtraído da parte já compensada pelos usuários não investidores. Esta recomposição deverá ser proporcional à movimentação do novo entrante em relação aos demais, por isso multiplica-se pelo %VP(i). Além disso, também deve ser proporcional ao período restante de contrato, uma vez que os investidores já usufruíram dos investimentos por algum tempo e os novos faram uso apenas a partir dali. Por isso, multiplica-se por AR/AC.

146. Após os ajustes realizados pela SPA no Anexo II, entende-se que as regras de rateio de custos estão adequadas, proporcionais ao uso de cada operador e não representam barreira de entrada a novos investidores, o que se alinha com as diretrizes do projeto.

147. Desta forma, a SeinfraPortoFerrovia não encontrou óbices que impeçam a utilização das regras de rateio de custos, despesas e investimentos na modelagem para desestatização da Fips.

D. Aspectos essenciais da governança corporativa da Associação

D.1 Contextualização do tema

148. O escopo dos trabalhos desta auditoria contém a análise de aspectos essenciais da governança corporativa da associação, incluindo as competências fiscalizatórias da SPA, ANTT e Antaq e os mecanismos contratuais de “freios e contrapesos”, **de modo a mitigar possível concentração de poder decisório com o operador ferroviário responsável pelo maior volume de movimentação de cargas na Fips.**

149. Um novo arranjo foi sinalizado como resultado da Consulta Pública 01/2020-SPA e da Audiência Pública 01/2021-SPA (http://www.portodesantos.com.br/wp-content/uploads/Respostas_Contribuicoes_FIPS.pdf, p. 50, 84):

Desde 2019, a SPA, em conjunto com a Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, tem **avaliado alternativas jurídico-regulatórias** para gestão, operação, manutenção e expansão da FIPS, visando aprimorar o modelo vigente e **equacionar apontamentos feitos pelos órgãos de controle**. As principais premissas e as conclusões desses estudos estão consolidadas no Ato Justificatório que instrui a Consulta Pública nº. 01/2020 - SPA. (...)

Identificou-se que a constituição da CESSIONÁRIA sob a forma de sociedade por ações não representa a alternativa mais aderente à modelagem proposta. Está em curso estudo para definir o arranjo societário ou associativo **mais adequado à estruturação da entidade CESSIONÁRIA, considerando a sua finalidade não lucrativa.** (grifos acrescidos)

150. Aqui, registre-se, tem-se uma premissa fundamental para a realização desta auditoria: a manutenção do entendimento do TCU de que o contrato de arrendamento DP 25/2000 será encerrado antecipadamente.

151. Os apontamentos feitos pelo Tribunal constam também de levantamento explicitado pelo Acórdão 2.276/2021-Plenário, por meio do qual o controle externo apresentou **pontos considerados críticos**, valendo destacar: alternativa societária a ser adotada; critérios de distribuição dos direitos políticos e econômicos dos acionistas; critérios de rateio de custos e de investimentos; mecanismo de gatilho para novos investimentos.

152. Quanto à alternativa societária, a SPA tem apresentado como melhor opção uma Associação constituída de **Associados Investidores (AI) e Associados Não Investidores (ANI)**. O primeiro, além de participar do rateio de custos e despesas, realizaria aportes para execução dos Investimentos Mínimos, Adicionais e/ou Complementares, enquanto o segundo não realizaria aportes para execução dos Investimentos, mas contribuiria junto à Associação, proporcionalmente a sua movimentação de cargas (peça 25, p. 6).

153. A SPA defende que a estrutura jurídica da Associação é a mais aderente às premissas que norteiam a modelagem da Fips, justamente por permitir a finalidade não lucrativa almejada, com o reinvestimento de eventuais superávits exclusivamente na execução do objeto contratual. Na verdade, a Autoridade Portuária já havia explicitado ao TCU que adotaria esse arranjo (TC 006.817/2021-1, peça 35, p. 5):

Contribuição acatada. Após aprofundamento dos estudos sobre os arranjos societários mais adequados à estruturação da entidade Cessionária, considerando a sua finalidade não lucrativa, sem prejuízo a sua atividade econômica (que não se confunde com finalidade econômica), verificou-se que a constituição de associação é o modelo mais adequado, visto que abarca todas as principais premissas da modelagem prevista.

154. Dessa forma, a SPA deu publicidade apenas à existência de estudos pós audiência pública para definir o arranjo societário ou associativo mais adequado à estruturação da entidade Cessionária, mas em texto preliminar enviado ao Tribunal, referente à mesma contribuição da audiência pública, explicitou que a Associação seria o modelo mais adequado.

155. No tocante à modelagem analisada nestes autos, observam-se detalhes dos requisitos mínimos para constituição da Associação, expostos na peça 25, considerados pela SPA como “diretrizes de boa governança que deverão ser obrigatoriamente instituídas e implementadas”.

156. A SPA considerou como critérios para a referida modelagem práticas de mercado customizadas às necessidades e premissas do projeto, tais quais: Código Brasileiro de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), que orienta os requisitos de governança exigidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos seus diferentes níveis de listagem das companhias abertas; Guia das Melhores Práticas para Organizações do Terceiro Setor: Associações e Fundações do IBGC, aplicáveis também às associações que desenvolvem atividades econômicas; Instruções da CVM sobre requisitos mínimos de governança para empresas listadas; Legislação Anticorrupção brasileira (peça 70, p. 1).

157. Ademais, a Associação terá a seguinte estrutura mínima:

- a) **Assembleia Geral de Associados.** Instância máxima decisória. Cada associado tem direito a um voto, independentemente de ser associado investidor ou não investidor. Dentre as competências (peça 25, p. 4), a Assembleia aprova alterações estatutárias e define quóruns qualificados de deliberação (item 3.2.2);
- b) **Conselho de Administração.** Órgão superior de deliberação colegiada, que dá o direcionamento estratégico à Diretoria executiva e zela pelo cumprimento das finalidades associativas. Mínimo de 5 membros. Dentre suas competências (item 3.4.8, peça 25, p. 10 e 11), destacam-se a escolha e a eleição dos membros da Diretoria Executiva, a aprovação dos Investimentos Adicionais e Complementares e a aprovação da alteração do critério de rateio de custos, investimentos e despesas;
- c) **Diretoria Executiva.** Planeja, organiza, dirige e controla os recursos da Associação. Mínimo 3 e máximo 5 membros, com dedicação exclusiva, eleitos pelo Conselho de Administração por maioria simples (peça 25, p. 12 a 14). Os membros devem manter independência em relação aos associados;
- d) **Conselho fiscal.** Fiscalização da gestão da Associação. Mínimo de 3 membros. Os conselheiros fiscais poderão agir em conjunto ou individualmente, apesar de o órgão ser colegiado. (peça 25, p. 14 e 15); e
- e) **Auditoria independente.** O Conselho de Administração deve selecionar, contratar, aprovar os respectivos honorários, ratificar planos de trabalho e avaliar o desempenho da auditoria independente e atuar a partir dos resultados apresentados. As diretrizes de atuação da auditoria independente constam das diretrizes de boa governança (peça 16, p. 1 a 5).

D.2. Principais questões das diretrizes mínimas para criação da Associação

158. As diretrizes de governança e os requisitos mínimos de estruturação jurídica associativa, constantes da peça 25, dispõem que a composição do Conselho de Administração (CA), responsável pela aprovação dos investimentos e da alteração do critério de rateio de custos, investimentos e despesas, será definida pela participação individual nos aportes para a execução do total de investimentos, o que por sua vez, é influenciada diretamente pelo referido volume médio de carga movimentado.

159. Aqui, registre-se, o descumprimento pela Associação desses requisitos mínimos e dessas diretrizes implicará a imposição das penalidades, podendo a Cedente, no caso de descaracterização da estrutura associativa sem fins lucrativos, promover a rescisão unilateral do Contrato, sem prejuízo das demais medidas contratuais, administrativas e judiciais cabíveis, conforme Contrato de cessão (peça 8, p. 11), o que resulta em atenção adicional ao que vem sendo definido pela SPA.

160. Não se deve perder de vista também a possibilidade de obtenção de maioria dos membros do CA caso o operador associado investidor seja responsável pela maioria dos aportes para execução dos investimentos, em conjunto com a previsão de escolha dos membros da Diretoria Executiva com base em maioria simples dos votos do CA.

161. Detalhes das regras mínimas originais definidas pela SPA podem ser visualizados abaixo (peça 25, p. 7, 8 e 12):

3.3.5. Devem ser conferidas, estatutariamente, aos Associados Investidores, as seguintes Vantagens Especiais: a. Indicação de membros do CA: i. cada AI terá direito a indicar no mínimo 1 (um) membro do CA. ii. **cada AI poderá indicar cumulativamente mais 1 (um) membro para compor o CA proporcionalmente à cada 20% de participação individual nos aportes** para a execução do total de investimentos referidos. Obs: Para fins de aplicação desta Vantagem Especial, não poderá haver arredondamento no cômputo do percentual representativo dos aportes de investimento de AI, bem como deverão ser considerados os aportes para investimento realizados por cada AI individualmente, não podendo ser computada a somatória em bloco dos aportes para investimentos realizados por duas ou mais AIs. iii. **Será garantido ao AI que realizar individualmente mais que 50% dos aportes para a execução dos investimentos referidos, o direito de indicar, cumulativamente às vantagens i e ii acima, quantidade de conselheiros ao CA suficiente para assegurar a indicação de no mínimo a maioria de seus membros (50% + 1)**, devendo o(s) indicado(s) nos termos deste item atender aos requisitos de conselheiro independente previstos no item 3.4.3 abaixo.

(...)

3.5.2. A Diretoria Executiva deverá ser composta por no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) membros, sendo ao menos 1 (um) Diretor Presidente, 1 (um) Diretor Operacional, e 1 (um) Diretor Administrativo Financeiro, ou cargos similares, **a serem eleitos pelo Conselho de Administração da CESSIONÁRIA, por deliberação da maioria simples** dos votos. (grifos acrescidos)

162. A Rumo possui aproximadamente 82% no cálculo do rateio de investimentos, seguida por respectivos 11% e 7% da MRS e da VLi. Assim, caso VLi e MRS decidam se tornar AI, a Rumo (i) teria maioria dos membros do CA (5 de 7 conselheiros), e (ii) indicaria todos os membros da Diretoria executiva da Associação.

163. Ora, tendo em vista que se objetiva mitigar possível concentração de poder decisório com o operador ferroviário responsável pelo maior volume de movimentação de cargas na Fips, **as diretrizes apresentadas pela SPA contribuiriam, em certa medida, para a manutenção dessa concentração de poder decisório na empresa Rumo**, mesmo com a entrada como AI dos outros dois operadores ferroviários (MRS e VLi).

164. A Tabela abaixo foi confeccionada com o objetivo de fornecer alguns cenários com base nas regras expostas pela SPA (Regra “A”) e em outras regras possíveis. As regras “i” e “iii” da seção 3.3.5, supracitadas, foram mantidas em todos os casos, pois cada AI terá direito a indicar no mínimo 1 (um) membro do CA e será garantido ao AI que realizar individualmente mais que 50% dos aportes o direito de indicar, cumulativamente, quantidade de conselheiros ao CA suficiente para assegurar a indicação de no mínimo a maioria de seus membros (50% + 1).

Tabela 3 - Simulação da composição do Conselho de Administração

Cenário	AI hipotéticos	% Mov. carga	Aportes de investimento mínimo	Regras hipotéticas para definição dos membros do Conselho de Administração					
				A* 1 + 1 a cada 20%	B 1 + 1 a cada 25%	C 1 + 1 a cada 30%	D 1 a cada 20%	E 1 a cada 25%	F 1 a cada 30%
1	MRS	11%	98.010.000	1	1	1	1	1	1

Cenário	AI hipotéticos	% Mov. carga	Aportes de investimento mínimo	Regras hipotéticas para definição dos membros do Conselho de Administração					
				A* 1 + 1 a cada 20%	B 1 + 1 a cada 25%	C 1 + 1 a cada 30%	D 1 a cada 20%	E 1 a cada 25%	F 1 a cada 30%
	VLi	7%	62.370.000	1	1	1	1	1	1
	Rumo	82%	730.620.000	5	4	3	4	3	3
	Nº de membros do CA			7	6	5	6	5	5
2	VLi	8%	70.078.652	1	1	1	1	1	1
	Rumo	92%	820.921.348	5	4	4	4	3	3
	Nº de membros do CA			6	5	5	5	4	4
3	MRS	8%	70.567.200	1	1	1	1	1	1
	VLi	5%	44.906.400	1	1	1	1	1	1
	Rumo	59%	526.046.400	7	7	6	6	6	6
	Investidor 1	25%	222.750.000	2	2	1	1	1	1
	Investidor 2	1%	8.910.000	1	1	1	1	1	1
	Investidor 3	2%	17.820.000	1	1	1	1	1	1
	Nº de membros do CA			13	13	11	11	11	11
4	MRS	7%	57.962.903	1	1	1	1	1	1
	Rumo	48%	732.087.096	3	2	2	2	1	1
	Investidor 1	25%	222.750.000	2	2	1	1	1	1
	Investidor 2	20%	178.200.000	2	1	1	1	1	1
	Nº de membros do CA			8	6	5	5	4	4

*A regra “A” representa a modelagem original da Fips, apresentada pela SPA

Fonte: Confeção própria, com dados obtidos no processo. Investimentos mínimos de R\$ 891 Milhões.

165. As regras “A”, “B” e “C” variam apenas o percentual do item “ii” da seção 3.3.5 (20%, 25% ou 30%). Isso também foi feito nas regras “D”, “E” e “F”, com a diferença, nessas últimas, que o efeito dos itens “i” e “ii” não é acumulativo. Explica-se.

166. No cenário 1A, tendo em vista que a Rumo tem 82% dos aportes, ela tem 1 membro pelo item “i” e mais 4 membros (4 vezes de 20%) pelo item “ii”. Já no cenário 1D, a Rumo tem 4 membros (4 vezes de 20%) pelo item “ii”, sendo garantido aos demais AI o mínimo de 1 membro no CA, sem a perspectiva de acumulação das regras “A”, “B” e “C”.

167. Nota-se que a elevação do percentual do item “ii”, em conjunto com a aplicação do item “iii”, mantém a maioria simples do maior investidor, mas, por outro lado, minimiza a concentração de poder decisório devido à diminuição dos membros daquele investidor no CA. Por exemplo, em A1 a Rumo teria 5 membros e em E1 teria 3 membros. Na prática, o item “iii” da seção 3.3.5 sempre garante que o maior investidor tenha maioria simples no CA.

168. Em outras palavras, constatou-se que uma elevação do percentual do item “ii” (cada AI poderá indicar cumulativamente mais 1 (um) membro para compor o CA proporcionalmente à cada 20% de participação individual nos aportes para a execução do total de investimentos referidos) poderia contribuir com a redução da concentração de poder decisório do maior investidor no CA, sem que ele deixe de ter maioria simples no Conselho, inclusive se no futuro a presença de novos investidores reduzir significativamente o percentual de aportes do maior investidor.

169. Outra solução para minimizar a concentração de poder decisório seria manter os itens “i” e “ii”, mas indicar no item “iii” que o majoritário sempre teria (50% +1), sem a necessidade do aspecto cumulativo. Essa solução possibilitaria, inclusive, que em cenários com poucos AIs fosse necessária a escolha de conselheiros independentes, com vistas a compor o mínimo de 5 conselheiros, previsto nas diretrizes mínimas da SPA.

170. Seguindo o raciocínio, também merece destaque a previsão do conselheiro independente sem efeito prático nas indicações de curto prazo dos conselheiros do CA.

171. Isso porque o item 3.4.5 das diretrizes mínimas (peça 25, p. 9) dispõe sobre requisitos a serem atendidos nas indicações de conselheiros independentes, com o objetivo de evitar conflitos de interesses, como, por exemplo, não ser integrante de grupo de controle ou que detenha participação relevante em qualquer dos Associados ou Operador Ferroviário não Associado.

172. Esse item teria aplicação com base no subitem iii do item 3.3.5, supracitado. Será garantido ao AI que realizar individualmente mais que 50% dos aportes para a execução dos investimentos referidos, o direito de indicar quantidade de conselheiros ao CA suficiente para assegurar a indicação de no mínimo a maioria de seus membros (50% + 1), devendo o(s) indicado(s) atender aos requisitos de conselheiro independente.

173. Tendo em vista que a Rumo possui aproximadamente 82% no cálculo do rateio de investimentos terá 5 conselheiros com base nos subitens i e ii do item 3.3.5, que não têm qualquer exigência relacionada ao conselheiro independente. Dessa forma, todos os 5 conselheiros indicados pela Rumo não deveriam atender qualquer requisito do item 3.4.5 e, conseqüentemente, a Associação seria criada sem a presença de conselheiros independentes no CA.

174. Convém destacar que os operadores ferroviários VLi e MRS evidenciaram no Painel de Referência a mesma preocupação em minimizar a concentração de poder decisório da Rumo a partir do início do contrato de cessão. **Por isso, os cenários supracitados foram disponibilizados à SPA para uma reflexão quanto a possíveis melhorias na modelagem.**

175. Constatou-se também uma oportunidade de aprimoramento na governança da Associação em relação às atribuições do Conselho Fiscal no que diz respeito à Auditoria independente. Explica-se. Definiu-se que o Conselho de Administração deve selecionar, contratar, aprovar os respectivos honorários, ratificar planos de trabalho e avaliar o desempenho da auditoria independente e atuar a partir dos resultados apresentados.

176. As diretrizes de atuação da auditoria independente constam das diretrizes de governança corporativa da cessionária (peça 16). O trabalho da auditoria independente deve ser realizado em todos os aspectos relevantes e no parecer devem ser definidos o escopo, os trabalhos efetuados, a opinião emitida e, por consequência, a responsabilidade assumida (“ii” e “v” do item 2.3.1 das diretrizes de governança corporativa da cessionária).

177. Ao observar o que consta dos documentos da SPA sobre “auditoria independente” e “conselho fiscal”, faltou definir competências do Conselho Fiscal para inclusão de aspectos relevantes no escopo, com vistas a garantir que determinados assuntos sejam avaliados pela auditoria independente. Isso porque o Conselho de Administração poderia deixar de incluir no escopo da auditoria independente algum tema com risco relevante a ser enfrentado, mas que o Conselho Fiscal gostaria que fosse incluído no Plano de Trabalho, cuja ratificação é de competência exclusiva do CA (na modelagem original). **Esse ponto também foi apresentado nas reuniões com a SPA.**

178. Por outro lado, a SPA definiu (peça 25, p. 12, item 3.4.9) que o estatuto associativo deve dispor dos procedimentos e regras de convocação, **matérias qualificadas**, quóruns de instalação e deliberação das reuniões do Conselho de Administração.

179. Considerando que a Assembleia Geral da associação terá a competência de aprovar alterações no estatuto associativo e que a cada Associado, independentemente da classe/categoria a que pertença (Investidor ou Não Investidor), caberá apenas um voto (peça 25, p. 4 e 5), as matérias qualificadas das reuniões do CA serão definidas por todos os associados de modo a “ratear parte do poder político igualmente”, minimizando o risco de gestão em regime de “monopólio”, explicitado no voto do Acórdão TCU 893/2021-Plenário.

180. Ademais, os membros do CA são eleitos pela Assembleia Geral de acordo com os quóruns de deliberação e vantagens especiais previstas no estatuto associativo (Peça 25, p. 4) e, por isso, associados investidores e não investidores também terão influência política na composição de todo o CA.

181. No tocante ao estatuto da Associação Cessionária, o Anexo XVIII, (peça 107, p. 1) em seu item 2.2, estabelece que os Associados têm ampla liberdade na elaboração do estatuto, desde que observem os requisitos mínimos e as diretrizes de estruturação associativa e de governança do citado Anexo. Tal item têm o condão de deixar a cargo dos associados a negociação sobre temas sensíveis ou que não tenham consenso previamente definido, servindo como mecanismo contratual de freio e contrapeso *vis a vis* as demais regras contratuais.

D.3. Aprimoramentos da modelagem durante a realização da auditoria

182. Por meio da Carta SPA-DIPRE-GD/118.2022 (peça 72), de 11 de abril de 2022, a SPA encaminhou alterações e ajustes nos documentos originais, os quais endereçam os apontamentos feitos pela SeinfraPortoFerrovia no âmbito deste processo – peças 73 a 107. Adicionalmente, na fase de comentários dos gestores, a SPA substituiu o Anexo VI de peça 80 por aquele de peça 117.

183. A tabela abaixo apresenta a relação entre a documentação originalmente disponibilizada ao TCU e os documentos constantes das peças 73 a 107:

Tabela 4 – Documentação referente à modelagem da Fips

Documento enviado pela SPA	Peça original	Peças após auditoria do TCU
Edital de Chamamento Público Constitutivo da Fips	7	73
Minuta de Contrato de Cessão	8	74
Plano de Investimentos Mínimos	9	75
Regras de Rateio de Investimentos, Custos e Despesas	10	76
Indicadores de Performance	11	77
Regulamento de Interferências Rodoferroviárias	12	78
Manual de Segurança, Higiene, e Medicina do Trabalho	13	79
Diretrizes Operacionais aplicáveis à Cessionária	14	117
Diretrizes de Sustentabilidade	15	81
Diretrizes de Governança Corporativa da Cessionária	16	82
Edital de Chamamento Público Periódico	17	83
Acervo Técnico de Edificações e Vias Férreas	18	84 a 100
Relação de Equipamentos e Bens	19	101
Modelo de Declaração para Instituição e Associação à Cession.	20	102

Documento enviado pela SPA	Peça original	Peças após auditoria do TCU
Modelo de Carta de Declaração de Regularidade à CF	21	103
Modelo de Carta de Declaração de Capacidade Financeira	22	104
Termos e Condições Mínimas do Seguro-garantia	23	105
Modelo de Carta de Fiança Bancária	24	106
Requisitos Mínimos para a Constituição da Associação	25	107

Fonte: Confeção própria. Dados obtidos no processo 000.731/2022-6.

184. Inicialmente, a Carta SPA-DIPRE-GD/118.2022 (peça 72, p. 2 a 4) expõe alterações nas minutas dos chamamentos públicos (constitutivo e periódicos) e do contrato de cessão, provenientes do terceiro questionamento do Ofício de Requisição de peça 52, do segundo questionamento da 4ª rodada de esclarecimentos (peça 63, p. 4) e das contribuições recebidas no Painel de referência e demais reuniões realizadas junto aos operadores ferroviários.

185. Em essência, incluiu-se (i) que associados/interessados serão operadores ferroviários habilitados perante a ANTT, que sejam usuários da Fips, ou, alternativamente, pessoa jurídica detentora do controle, direto ou indireto, de 2 (dois) ou mais operadores ferroviários habilitados perante a ANTT, que sejam usuários da Fips e pertençam a um mesmo Grupo Econômico e (ii) que a garantia de execução e a penalidade de multa terão como base de cálculo a receita bruta realizada, com exceção do primeiro ano de vigência contratual, em que será adotado o orçamento anual projetado. Essas modificações servem para afastar definições originais com certo grau de abstração, o que poderia prejudicar a aplicação devida e tempestiva do que estava previsto pela SPA, como, por exemplo, a vedação à participação individual e simultânea de 2 (dois) ou mais associados que pertençam ao mesmo Grupo Econômico.

186. Ainda, a Autoridade Portuária permitiu a inclusão de outras matérias nas competências da Assembleia Geral que não sejam exclusivas e indelegáveis a outros órgãos de governança, conforme pode ser visto nos itens 3.2.1 e 3.2.3 (peça 107, p. 4 e 5), bem como incluiu uma competência para o CA: “Aprovar alteração de ordem de prioridade de execução dos Investimentos Mínimos e alteração de cronograma físico-financeiro” (peça 107, p. 14, subitem VI do item 3.4.8).

187. Quanto à necessidade de aprimoramento da modelagem destacada na subseção anterior, transcreve-se o principal trecho modificado (peça 107, p. 9, 10, 18 e 19):

3.3 DOS ASSOCIADOS

3.3.5. Devem ser conferidas, estatutariamente, aos Associados Investidores, as seguintes Vantagens Especiais:

I. Indicação de membros do Conselho de Administração:

a. Cada Associado Investidor terá direito a indicar no mínimo 1 (um) membro do Conselho de Administração, independentemente da proporção da sua obrigação de investimentos no âmbito da Associação.

b. Adicionalmente à Vantagem Especial definida acima, será garantido ao Associado Investidor, enquanto este for responsável pelo aporte de recursos em proporção percentual superior a 50% (cinquenta por cento) sobre a execução do total de investimentos, o direito de indicar membros ao Conselho de Administração em quantidade equivalente ao total de membros indicados pelos demais Associados Investidores, nos termos do subitem a do item 3.3.5, de maneira que a este Associado Investidor seja garantido a indicação da maioria simples, 50% + 1 (metade mais um), do número total de Conselheiros de Administração da CESSIONÁRIA.

c. Na hipótese do subitem b acima, será garantido ao Associado Investidor, enquanto este for responsável pelo aporte de recursos em proporção percentual superior a 50% (cinquenta por cento) sobre a execução do total de investimentos, o direito de, **cumulativamente** às Vantagens Especiais definidas nos itens ‘a’ e ‘b’ acima, **indicar 1 (um) Conselheiro de Administração que atenda aos requisitos de Conselheiro Independente** previstos no item 3.4.5 abaixo.

d. Ainda na hipótese do subitem b acima, será garantido aos demais Associados Investidores o direito de indicar 1 (um) Conselheiro de Administração que atenda aos requisitos de Conselheiro Independente previstos no item 3.4.5 abaixo, mediante procedimento de escolha conjunta tomada por decisão, no mínimo, da maioria simples dos respectivos Associados, sem a participação do Associado Investidor que seja responsável pelo aporte de recursos em proporção percentual superior a 50% (cinquenta por cento) sobre a execução do total de investimentos, a ser definido estatutariamente.

e. Nos casos em que **não haja Associado Investidor responsável pelo aporte de recursos em proporção percentual superior a 50%** (cinquenta por cento) sobre a execução do total de investimentos e, por conseguinte, não se aplique os subitens ‘b’, ‘c’, e ‘d’ acima, adicionalmente à Vantagem Especial prevista no subitem ‘a’ acima, **será garantido ao Associado Investidor indicar cumulativamente mais 1 (um) Conselheiro de Administração proporcionalmente à cada percentual de 20%** (vinte por cento) de participação nos aportes para a execução do total de investimentos referidos. (...)

f. Nos casos de aplicação das Vantagens Especiais previstas nos subitens ‘a’ e ‘e’ acima que resulte na composição do Conselho de Administração **em número par**, ao Associado Investidor que represente o maior percentual de participação nos aportes para a execução do total de investimentos será garantido **definir uma lista tríplice de candidatos ao cargo adicional de 1 (um) Conselheiro de Administração, que atendam aos requisitos de Conselheiro Independente**, conforme disposto no item 3.4.5 abaixo, a ser apresentada aos demais Associados Investidores, que terão o direito de, em contrapartida, escolher o candidato a ser indicado ao referido cargo, mediante escolha conjunta tomada por decisão em separado, no mínimo, da maioria simples dos respectivos Associados Investidores, sem a participação do Associado Investidor que tenha apresentado a referida lista tríplice, conforme procedimento a ser definido estatutariamente.

(...)

3.6 DO CONSELHO FISCAL

3.6.5. O estatuto associativo da CESSIONÁRIA deve dispor acerca das atribuições e **competências do Conselho Fiscal**, dentre as quais deve prever, no mínimo: (...)

vi. Solicitar aos auditores independentes, colegiadamente ou por qualquer membro individualmente, os esclarecimentos ou informações que julgar necessários e a apuração de fatos específicos.

vii. Tomar conhecimento do Plano de Trabalho da auditoria independente, bem como da Carta de Recomendação de Controles Internos, realizando acompanhamento ao longo do exercício.

viii. Promover reuniões reservadas com a auditoria independente, no mínimo anualmente, quando do encerramento do exercício, ou sempre que possível, visando o esclarecimento sobre os trabalhos, bem como para acompanhar o atendimento aos apontamentos do Relatório de Recomendação de Controles Internos, além de sugerir pontos a serem auditados.

188. Além de permitir estatutariamente uma interação necessária e suficiente do conselho fiscal com a auditoria independente, ao incluir as competências “vi”, “vii” e “viii” no item 3.6.5, a SPA também aprimorou as indicações para o Conselho de Administração, reduzindo a concentração de poder decisório do operador majoritário, sem deixar de lhe conferir a maioria simples.

189. A tabela abaixo compara a modelagem original com a retificada (peças 25 e 107):

Tabela 5 – Cenários de composição do Conselho de Administração com base nas regras originais e na modelagem retificada

Cenário	AI hipotéticos	% Mov. carga	Aportes de investimento mínimo	Número de membros do Conselho de Administração	
				Modelagem original	Modelagem retificada
1	MRS	11%	98.010.000	1	1
	VLi	7%	62.370.000	1	1
	Rumo	82%	730.620.000	5	3
	Nº de membros do CA			7	7*
2	VLi	8%	70.078.652	1	1
	Rumo	92%	820.921.348	5	2
	Nº de membros do CA			6	5*
3	MRS	8%	70.567.200	1	1
	VLi	5%	44.906.400	1	1
	Rumo	59%	526.046.400	7	6
	Investidor 1	25%	222.750.000	2	1
	Investidor 2	1%	8.910.000	1	1
	Investidor 3	2%	17.820.000	1	1
	Nº de membros do CA			13	13*
4	MRS	7%	57.962.903	1	1
	Rumo	48%	732.087.096	3	3
	Investidor 1	25%	222.750.000	2	2
	Investidor 2	20%	178.200.000	2	2
	Nº de membros do CA			8	9*

*O número maior de membros decorre da inclusão de conselheiros independentes.

Fonte: Confeção própria, com dados obtidos no processo. Investimentos mínimos de R\$ 891 Milhões

190. Nos cenários 1, 2 e 3 temos mais 2 conselheiros independentes por força dos subitens “c” e “d” do item 3.3.5. Já no cenário com composição do CA com número par (cenário 4), o subitem “f” prevê um conselheiro independente e, por isso, a Associação teria 9 conselheiros no CA.

191. A previsão de indicação de conselheiros independentes quando há Associado Investidor responsável pelo aporte de recursos em proporção percentual superior a 50% afasta a possibilidade de criação da Associação sem a presença de conselheiros independentes quando houver operador majoritário, o que, por sua vez, também contribui para reduzir a concentração de poder decisório.

192. Diante do exposto, a SeinfraPortoFerrovia e as entidades do Poder Concedente alcançaram um nível de capacidade negocial suficiente para que mudanças relevantes na modelagem da Fips fossem viabilizadas pela Autoridade Portuária durante a realização da auditoria, nos mesmos moldes do que foi reconhecido, por exemplo, no voto do Acórdão 3.263/2020-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, referente a arrendamento portuário de quatro terminais voltados para a movimentação e a armazenagem de graneis líquidos combustíveis – também processo sob responsabilidade desta unidade técnica especializada.

D.4. Fiscalização e acompanhamento da Fips pelas Agências Reguladoras e pela SPA

193. Dentre as irregularidades encontradas pelo TCU no contrato de arrendamento DP 25/2000, vale destacar a falta de fiscalização e acompanhamento pelas Agências reguladoras e pela SPA dos investimentos realizados, conforme Acórdão 893/2021-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues.

194. O Relatório do Acórdão 2.276/2021-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, também evidenciou as deficiências de regulação e fiscalização da Fips decorrente de vazio de atuação das Agências Reguladoras ANTT e Antaq:

DA COMPETÊNCIA REGULATÓRIA

Em relação aos aspectos regulatórios, a Ferradura, parte da concessão da MRS, está sob regulação e fiscalização da ANTT. Diferentemente, ainda que exista uma percepção dos técnicos da SPA e da ANTT, colhida em reuniões técnicas, de que a FIPS esteja sob a regulação da Antaq, na prática, ela não se encontra sob regulação e fiscalização efetivas de nenhuma das agências, sendo apenas gerida pela SPA, por se tratar de um ativo desta autoridade portuária.

Haja vista o aparente vazio de atuação regulatória sobre a FIPS, realizou-se pesquisa da legislação aplicável. (...)

195. Na minuta do Contrato de cessão (peça 8), há uma série de previsões de atuação da SPA, como Cedente, que visam contribuir para minimizar esse risco (sem prejuízo, obviamente, das atribuições de fiscalização das Agências Reguladoras), valendo destacar:

- a) Avaliação/anuência prévia (i) da ordem de prioridade dos investimentos mínimos e alteração de cronograma físico -financeiro, (ii) das propostas de investimentos adicionais e (iii) do critério e/ou prazo de equalização do rateio de custos, investimentos e despesas;
- b) Fiscalização do contrato de cessão;
- c) Intermediação de solução de controvérsias;
- d) Anuência prévia para alteração do estatuto associativo que importe a modificação de suas atividades, receitas, competências e quóruns de deliberação, direitos fundamentais e vantagens especiais dos Associados, bem como para ingresso de novo(s) Associado(s) ou exclusão de Associado;
- e) Autorização prévia para substituição de bens; e
- f) Fiscalização de todo o processo de chamamento público periódico.

196. A SPA, empresa pública, de capital fechado, vinculada ao Ministério da Infraestrutura (MInfra), compõe a administração direta, que, por sua vez, formula a política pública. Por outro lado, as Agências reguladoras ANTT e Antaq implementam as políticas públicas e regulam e fiscalizam as atividades de prestação indireta de serviços públicos de transporte e exploração de infraestrutura exercidas por particulares.

197. Tendo em vista que as ações da SPA e das Agências Reguladoras não se confundem, devem-se observar os avanços para fiscalização e acompanhamento pelas Agências reguladoras dos investimentos realizados, mesmo diante das novas ações de controle exercidas pela SPA na modelagem da Fips.

198. Em março de 2015, foi celebrado convênio de cooperação entre as duas Agências reguladoras, cujo objeto dependia da elaboração conjunta de Planos de Trabalho específicos, com protocolos de fiscalização (peça 58, p. 113).

199. Contudo, até meados de 2021 (seis anos depois) ainda não havia sido confeccionado o Plano de Trabalho para fiscalização da Fips. Em abril e setembro daquele ano, o Plenário do TCU emitiu os Acórdãos 893 e 2.276, que registraram a falta de regulação e fiscalização efetivas da Fips pela ANTT. Pouco depois, a Antaq emitiu a Nota Técnica 8/2021/URESP/SFC, esclarecendo o contexto até aquele momento (Peça 58, p. 122 a 123):

27. Um dos motivos da descontinuidade das ações conjuntas estava relacionado, em parte, pelos mesmos questionamentos apontados pela PFA. As equipes de fiscalizações das duas Agências, durante as inspeções realizadas na malha ferroviária do porto, quando se depararam por uma demanda que resultaria em uma possível abertura de processo sancionador para apurar infrações de ordem especificamente ferroviária, **não dispunham de um respaldo sólido necessário para conduzir o processo administrativo sancionador**. As equipes de fiscalização levantaram os mesmos pontos: a ANTT lavraria o Auto e a Antaq conduziria o sancionador? (...)

28. Todas as ações em conjunto das duas Agências, apesar de se balizaram nas diretrizes do Termo de Cooperação, eram concretizadas muito mais em razão de uma iniciativa proativa do Posto Avançado de Santos (ANTAQ) e Coordenação de Ferrovias da ANTT do que a existência de plano de ação institucionalizado com objetivos, estratégias, prazos, tarefas e responsabilidades. (...)

33. O novo modelo de concessão ferroviária denominado FIPS (Ferrovia Interna do Porto de Santos), em substituição do contrato de arrendamento vigente (DP 25.2001), estabelecerá a obrigação de investimentos mínimos na malha ferroviária para a cessionário, necessários para adequação aos novo níveis de serviço projetada para os próximos anos. Os Investimentos Mínimos compreendem obras em infraestrutura ferroviária (tratamento de solo, terraplenagem, entre outros), superestrutura ferroviária (trilhos, dormentes, brita e componentes de fixação), obras relacionadas à resolução de conflitos rodoferroviários, sinalizações, centro de controle e passarelas.

34. Neste futuro cenário, é imprescindível que a exista uma atuação regulatória conjunta e harmônica entre as Agências Reguladores frente a esses novos desafios.

35. A elaboração de um Plano de Trabalho possibilitará, em última análise, o fortalecimento das atuais operações de fiscalização das agências. (grifos acrescentados)

200. Nota-se que o convênio de cooperação conviveu com pelo menos seis anos de existência sem um plano de trabalho institucionalizado com objetivos, estratégias, prazos, tarefas e responsabilidades, o que, na prática, prejudicou a eficácia do próprio instrumento, inclusive a condução de processos administrativos sancionadores.

201. No final de 2021, a novel Lei 14.273 incluiu o art. 56-A na Lei 12.815/2013 estabelecendo que as infraestruturas ferroviárias no interior do perímetro dos portos e instalações portuárias, como a Fips, observarão as normas nacionais para a segurança do trânsito e do transporte ferroviários, e que caberá ao regulador ferroviário federal fiscalizar sua aplicação, o que atrai, explicitamente, a atuação da ANTT, eliminando quaisquer dúvidas a respeito da atuação devida e tempestiva daquela Agência Reguladora.

202. A Antaq, por sua vez, declarou que não havia óbices quanto à modelagem da Fips, no tocante aos potenciais impactos operacionais do modelo a ser adotado no escoamento da carga ou à adequada execução dos contratos de arrendamentos portuários, sem adentrar-se no mérito da forma de contratação/remuneração, conforme Deliberação-DG 9/2022, referendada pelo Acórdão Antaq 62/2022, valendo destacar os fundamentos constantes da peça 60, p. 83.

203. Voltando ao Plano de trabalho, em que pese ter havido discordância entre posicionamento da Procuradoria Federal (Parecer 00008/2022/NLC/PFANTAQ/PGF/AGU) e o posicionamento técnico (Nota Técnica 11/2022/GFN/SFC) quanto à suficiência de detalhes do documento (peça 58, p. 142 e 154), a minuta do Termo aditivo ao convênio de cooperação, disponível na peça 58, p. 157 a 165 e confeccionada em 15/3/2022, poucos dias após o Ofício de requisição (de 10/3/2022), evidenciou a expectativa dos seguintes avanços:

2.4. A Antaq delega à ANTT a competência prevista no art. 3º, inciso XXXV, do Decreto nº 4.122, de 13 de fevereiro de 2012, para atuar junto aos operadores portuários, quando executarem movimentação terrestre de mercadorias nas instalações portuárias, nos casos de não atendimento às normas aplicáveis ao transporte terrestre, permanecendo como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada, mesmo que a ANTT não adentre no processo sancionador. Neste sentido, a competência delegada pela ANTAQ implicará a realização das fiscalizações dentro do alcance definido na Cláusula Primeira do Convênio de Cooperação Técnica até a elaboração de Relatório de Fiscalização, cabendo à ANTAQ o prosseguimento da instrução processual, visando ao arquivamento do processo sem aplicação de penalidades ou à instauração do competente processo administrativo sancionador.

2.5. A ANTT delega à Antaq a competência prevista no art. 3º, inciso XXII, do Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2012, para atuar junto aos prestadores de serviço de transporte ferroviário ou rodoviário de cargas dentro da área do porto organizado, nos casos de não atendimento às normas aplicáveis ao transporte terrestre, permanecendo como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada, mesmo que a Antaq não adentre no processo sancionador. Neste sentido, a competência delegada pela ANTT implicará a realização das fiscalizações dentro do alcance definido na Cláusula Primeira do Convênio de Cooperação Técnica até a elaboração de Relatório de Fiscalização, cabendo à ANTT o prosseguimento da instrução processual, visando ao arquivamento do processo sem aplicação de penalidades ou à instauração do competente processo administrativo sancionador. (grifos acrescidos)

204. Tendo em vista que a referida minuta foi encaminhada pela Antaq à ANTT em 18/3/2022, no mesmo dia da resposta da ANTT constante da peça 56, o regulador ferroviário federal não incluiu em sua resposta os termos supracitados, mas ressaltou que os resultados esperados são “o aprimoramento do cumprimento das atribuições dos referidos órgãos, bem como a otimização e uso eficiente dos ativos ferroviários e portuários no Porto de Santos”.

205. Diante disso, é possível concluir que a atuação do controle externo federal fomentou os avanços contemporâneos de tratativas entre as duas Agências reguladoras, que têm o potencial de minimizar a falta de regulação e fiscalização efetivas da Fips pela ANTT, exposta pelo Plenário do TCU nos trabalhos que resultaram nos Acórdãos 893/2021 e 2.276/2021, ambos do Plenário, **sem prejuízo de que a concretização dessa expectativa seja monitorada pela SeinfraPortoFerrovia em trabalhos futuros.**

206. Ademais, a partir da inovação legal surgida após a conclusão do levantamento do arranjo ferroviário de acesso ao Porto de Santos, em 2021, restou patente (i) que há obrigação legal da atuação da ANTT na fiscalização do transporte ferroviário da Fips, corroborada por Nota Informativa do Ministério da Infraestrutura (peça 71, p. 18 e 19); (ii) que a Antaq deve fiscalizar subsidiariamente o cumprimento do contrato da Fips, exceto no que toca às competências da ANTT, em complemento à fiscalização da SPA, por ser tratar de ativo portuário não afeto às operações de movimentação portuária; e (iii) que tal fiscalização pode se dar por uma ou outra agência, nos termos do convênio, que se encontra em ajuste entre as agências para adequação ao art. 56-A da Lei 12.815/2013.

207. Sobre o critério legal para eventual fiscalização da Fips, pela ANTT, e dada a modelagem *sui generis* da desestatização da Fips, que não prevê modelagem econômico-financeira, nem cobrança de tarifas, e nem (re)equilíbrio econômico-financeiro, foi feito ofício de requisição à ANTT para que apresentasse informações sobre a aplicabilidade da Lei 14.273/2021 (peça 54).

208. A Lei 14.273/2021 inovou no ordenamento jurídico e criou o regime de exploração por meio de outorga de autorização ferroviária, permitindo que interessados obtenham autorização para construir e operar ferrovias com base em interesse privado, visando fomentar investimentos no subsetor ferroviário.

209. Em sua resposta (peça 56), a ANTT respondeu, no essencial, que:

2. Observadas as competências legais da ANTT e ANTAQ, observa-se que a atuação da ANTT também é possível no caso de ferrovias internas aos portos públicos, a depender de uma análise caso a caso. Deve-se ressaltar, contudo, que as ferrovias internas aos portos públicos não são objeto de contrato de concessão ou arrendamento, e não se submetem aos mesmos critérios de fiscalização e regulação daquelas integrantes dos atuais contratos de concessão, como metas de produção, Índice de Acidentes Graves, Velocidade Média de Percurso etc. Também não se submetem aos mesmos critérios dos Contratos de Autorização recém assinados.

(...)

Frente ao exposto, verifica-se que o § 1º do art. 22 c/c o inciso IV do art. 25 da Lei 10.233/2001 permitem a atuação especializada da ANTT, enquanto a Lei nº 14.273/2021 aplica-se de forma subsidiária e depende de uma análise casuística, destacando-se que a definição sobre alguns pontos da Lei caberia ao formulador de política setorial.

210. Em concordância com a ANTT, verifica-se que há um distanciamento da modelagem da Fips em relação ao modelo de concessão de serviço público ferroviário, com base na Lei 8.987/1995. A Fips, em suma, não possui contrato de concessão e não terá estipulação de metas de produção de transporte, de redução de acidentes e outras.

211. Por outro lado, como ressaltou a ANTT, a Fips também não é ferrovia autorizada nem segue o rito para obtenção de qualquer tipo de licença de funcionamento com base na Lei 14.273/2021. Todavia, à semelhança das ferrovias autorizadas, ela é posta em funcionamento por força do interesse do titular da área. Como no caso da Fips, o titular é a SPA, empresa pública que implementa política pública visando atendimento ao interesse público, deve a Fips atender o interesse da SPA, na forma proposta nos estudos ora em análise, atendendo, ao final, o interesse público na prestação do transporte ferroviário em área portuária.

212. Assim, em sintonia com a resposta da ANTT, entende-se que a Lei 14.273/2021 pode ser usada como critério subsidiário para fiscalização da Fips, seja por meio da ANTT ou pela Antaq, nos termos do Convênio.

213. Desta feita, no tocante às regras de governança analisadas, esta SeinfraPortoFerrovia não identifica óbice ao prosseguimento do processo de desestatização da Fips.

E. Integração da Fips com o trecho ferroviário denominado “Ferradura”

E.1. Contextualização

214. Como já apresentado alhures, no âmbito do TC 027.620/2019-0 foi realizada auditoria operacional no campo de atuação da ANTT, com o objetivo de avaliar a efetividade da regulação sobre o compartilhamento da malha entre os Operadores Ferroviários, de modo a contribuir para a eficiência no setor ferroviário.

215. Como bom exemplo de compartilhamento de malha ferroviária, observou-se naqueles autos que o sucesso e o custo do transporte ferroviário para o Porto de Santos dependem do bom relacionamento entre os operadores ferroviários que operam no Cinturão Ferroviário do Porto, a saber na Fips e na Ferradura.

216. Constatou-se positivamente que a utilização, o tráfego, o trânsito, a organização ferroviária, tanto na Ferradura quanto na Fips, estão sob gestão efetiva do Centro de Controle Operacional (CCO) da Portofer, que orienta a manobra das composições de acordo com sua capacidade momentânea de absorver suas cargas, recompor os trens e transitar de volta, o que gera uma coordenação efetiva do ponto de vista operacional.

217. Dito de outra forma, a partir das reuniões diárias de programação de despacho de trens, que contam com a participação de representantes da VLi, Rumo, MRS e Portofer nas suas realizações, o CCO da Portofer define e comunica aos CCOs das demais concessionárias a ordem de prioridade dos

trens que irão acessar à Ferradura com destino à Fips ou terminais externos ao Porto de Santos de acesso exclusivo pela Ferradura. Assim, trens só são despachados pelos CCOs da Rumo e da MRS quando notificados pelo CCO da Portofer.

218. Como esta prática integrada de operação de trens na Baixada Santista não está positivada por normativos regulatórios da ANTT nem pelos contratos de concessão das ferrovias da Rumo e da MRS, verificou-se como a futura operação ferroviária de acesso à Ferradura e à Fips será tratada no contrato da renovação antecipada da malha da MRS e na substituição da operação da Portofer pela Associação Cessionária.

E.2. Anexo 9 do Contrato de Renovação Antecipada da malha da MRS (TC 025.914/2021-9)

219. Considerando que o acesso ferroviário à Fips ocorre por meio da Ferradura, de controle da MRS; e que o processo de renovação antecipada do contrato de concessão da MRS foi enviado para análise do TCU antes do envio do estudo da Fips, por meio do TC 025.914/2021-9, procurou-se verificar como estava prevista a governança da operação no cinturão ferroviário da Baixada Santista na modelagem contida no processo de renovação antecipada da MRS e compará-la com a governança planejada para a Fips neste processo de cessão onerosa.

220. Por meio do anexo 9 do aditivo contratual de prorrogação antecipada da malha da MRS (TC 025.914/2021-9, peça 30, p. 20-35), a ANTT propôs naqueles autos o faseamento da implantação da governança operacional da Baixada Santista em cinco fases, intituladas como: Fase 1 – Governança Operacional; Fase 2 – Sistematização e Transparência das Informações; Fase 3 – Sistema automatizado de Planejamento e Otimização da Circulação; Fase 4 – Integração entre Ferrovia e Porto; e Fase 5 – Integração da Estrutura Física dos Centros de Controle Operacional (CCOs).

221. Em termos de prazo, a avença proposta para a renovação antecipada da MRS tem as seguintes datas limites (TC 025.914/2021-9, peça 30, p. 23):

3 OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA [MRS]

3.1 A Concessionária deverá cumprir as obrigações previstas neste anexo nos seguintes prazos:

3.1.1 Fase 1 – 45 (quarenta e cinco) dias, contados a partir da assinatura deste Termo Aditivo;

3.1.2 Fase 2 – 12 (doze) meses, contados a partir da assinatura deste Termo Aditivo;

3.1.3 Fase 3 – 27 (vinte e sete) meses, contados a partir da assinatura deste Termo Aditivo;

3.1.4 Fase 4 – 48 (quarenta e oito) meses, contados a partir da assinatura deste Termo Aditivo; e

3.1.5 Fase 5 – 48 (quarenta e oito) meses, contados a partir da assinatura deste Termo Aditivo.

222. Finalmente, no tocante às diretrizes para implantação do processo de programação diária integrada da Baixada Santista, as disposições foram as seguintes:

O presente Apêndice tem por objetivo traçar as diretrizes básicas que nortearão a implantação

da Governança Operacional da Baixada Santista que deverá ser coordenada e implementada pela Concessionária, em conjunto com as concessionárias ferroviárias Rumo e FCA [VLI] e a operadora da FIPS, e outras ferrovias que passem a acessar a Ferradura. Essas empresas formarão o Grupo de Trabalho, responsável pela implantação das diretrizes da Governança Operacional do Processo de Programação Diária Integrada da Baixada Santista, na forma prevista no presente Apêndice A.

A implantação da Governança Operacional da Baixada Santista será realizada por meio de investimentos relativos à malha da Ferradura, para garantir a otimização do sistema ferroviário e atender às expectativas de ferrovias e clientes no transporte de suas cargas de forma transparente, permanentemente atualizada e auditável. A execução da Governança Operacional será realizada pela Célula Integrada de Ferrovias. A consolidação do processo de programação integrada foi subdividida em 5 (cinco) fases sequenciais e complementares, expandindo a experiência bem-sucedida da Célula Integrada de Ferrovias na gestão da malha interna do Porto Organizado de

Santos e das demais malhas da MRS e da Rumo que dão acesso à Baixada Santista, com a melhoria de processos e implantação de Sistemas para a gestão destas malhas.

Na Fase 1, será trabalhado o aspecto de governança operacional, formalizando o processo de programação integrada da Célula Integrada de Ferrovias, expandindo para a Ferradura e melhorando a sua integração operacional com a FIPS e com a malha da Rumo, que deverá seguir rotinas de planejamento e programação conduzidas por uma equipe multidisciplinar com representantes das ferrovias que acessam a Baixada Santista e também com a operadora responsável pela FIPS (atualmente administrada pela empresa Portofer) para definir o plano de produção para D (com visão detalhada de 8h em 8h) e D+1 (previsão de trens).

O Grupo de Trabalho, instituído e coordenado pela Concessionária, definirá, de forma paritária, a tecnologia que atenda de melhor forma a otimização do sistema ferroviário e o atendimento às expectativas de ferrovias, terminais e clientes no transporte de suas cargas de forma transparente, permanentemente atualizada e auditável.

Na Fase 2, serão trabalhados os aspectos de sistematização e transparência das informações. Será implementado um sistema de informações que registrará e formalizará a programação realizada para D (com visão detalhada de 8h em 8h) e D+1 (previsão de trens), permitindo a visualização transparente de toda programação para todas as interfaces e também para o órgão regulador.

Na Fase 3, será implementado um sistema de programação automatizado da circulação de trens que será responsável pela tomada de decisão de programação para D e D+1 (em substituição ao homem) que resulte no melhor cenário para a ferrovia, eliminando possíveis conflitos de interesses.

Na Fase 4, será implementada a integração dos sistemas de ferrovias e terminais para permitir a troca de informações automaticamente em tempo real, resultando na elaboração e atualização automática do planejamento e programação considerando também o horizonte de D+2 e D+3.

Na Fase 5, o Painel de Controle e Licenciamento da Ferradura migrará para o CCO Integrado, em área sob concessão da Concessionária, no Valongo, em Santos, onde estarão fisicamente, lado a lado, o Painel de Indicadores Operacionais da Baixada Santista e os Painéis de Controle e Licenciamento do trecho Boa Vista – Perequê (Rumo), da Ferradura (MRS) e da FIPS.

223. Verifica-se assim que, após a implantação das cinco fases no horizonte de quatro anos, haverá uma integração total dos CCOs da ferrovias que acessam o Porto de Santos (Rumo, MRS e VLi) e Fips, inclusive com a construção do chamado CCO integrado, em área de gestão da Concessionária MRS, localizada no Valongo, externa à poligonal do Porto de Santos, mas em sua proximidade, de forma a controlar a gestão do tráfego ferroviário de acesso à Ferradura e à Fips, reduzindo risco de congestionamentos e problemas operacionais na operação diária da Ferrovia Interna.

224. O regramento acima exposto, além de positivar a prática da governança compartilhada do CCO da Portofer e Ferradura por meio do Anexo 9 do Contrato de prorrogação antecipada da MRS, vai além e prevê unificação dos CCOs que acessam o porto de Santos, no prazo quatro anos, com futuro impacto na governança da Fips.

E.3. Anexo VI-Diretrizes Operacionais do Contrato de Cessão Onerosa da Fips

225. Dada a importância do tema da unificação dos CCOs ferroviários da baixada e o impacto sobre a governança e operação da Fips com tal integração, a modelagem apresentada pela SPA inicialmente destacou a importância e os benefícios esperados pela integração total dos CCOs (peça 117, p. 2). Lembra-se que o Anexo VI de peça 80 foi alterado, na fase de comentários dos gestores, pelo documento de peça 117:

2.2.1. A programação é um processo de extrema importância para organização do cenário de movimentações de trens e para nortear as tomadas de decisões acerca da circulação de trens, pois considera fatores como: (i) ocupação portuária; (ii) otimização de cruzamentos; (iii) determinação

do melhor balanço entre a quantidade de trens vazios e carregados e (iv) intervalos de manutenção, visando a maximização da capacidade portuária.

2.2.2. A programação integrada, com a participação de todos os envolvidos na efetiva movimentação, possibilita um processo de interação e contribuição de todos na definição dos cenários de movimentação de trens, além de um processo de alinhamento mais ajustado e em tempo real, minimizando ou mitigando impactos derivados de conflitos entre programações individuais.

2.2.3. O CCO, único e integrado, para as operações ferroviárias que acessam o Porto de Santos servirá de ferramenta para acompanhamento, cumprimento e medição de premissas como atendimento aos terminais portuários; formação e liberação dos trens no correto tempo, nas origens; chegada dos trens nos intercâmbios, nos horários esperados; tempos de circulação e demais premissas.

226. A modelagem da Fips ainda informa que foi previsto o mesmo faseamento operacional para a integração dos CCOs da renovação antecipada da MRS, dada a política pública definida pelo Ministério da Infraestrutura (peça 117, p. 4):

3.2.1. As fases de integração operacional para as operações ferroviárias na Baixada Santista foram estabelecidas a partir de política pública definida pelo Ministério da Infraestrutura, que determinou o alinhamento entre o processo de renovação antecipada para o contrato de concessão da Malha Sudeste (MRS Logística S.A.) e o processo de cessão da FIPS.

3.2.2. As disposições relacionadas neste anexo, são exatamente as mesmas incorporadas ao processo de renovação antecipada para o contrato de concessão da Malha Sudeste (MRS Logística S.A.), em anexo específico que trata da governança operacional para as operações na Baixada Santista.

227. Na sequência, no mesmo documento são apresentadas, então, as mesmas cinco fases da integração dos CCOs das ferrovias que acessam o Porto de Santos e a Fips, todavia com a observação de que, se houver descasamento temporal para a assinatura entre o Contrato de Cessão da Fips e o da Renovação antecipada da MRS, o início dos prazos poderá ser distinto (peça 117, p. 4-7).

228. Pela definição das atividades das fases, pode-se perceber a total sinergia entre as programações e o entrelaçamento entre a Fips e a Ferradura. Destacam-se as seguintes passagens:

3.2.4. Fase 1 – Governança Operacional

3.2.4.1. No prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias após a celebração do Contrato, a CESSIONÁRIA deverá desenvolver, em conjunto com a MRS Logística S.A., processo e procedimento de programação contemplando rotinas de planejamento e programação, bem como definir o plano de produção para o dia (D), com visão detalhada de 8h em 8h, e D+1 e D+2 (previsão de trens).

(...)

3.2.5. Fase 2 – Sistematização e Transparência das Informações

3.2.5.1. A CESSIONÁRIA deverá implementar, em conjunto com a MRS Logística S.A., um sistema de informações que registrará e formalizará a programação realizada para D (com visão detalhada de 8h em 8h) e D+1 (previsão de trens), permitindo a visualização integral da programação para todas os interessados, incluindo os órgãos reguladores.

(...)

3.2.5.5 O prazo para a conclusão de implantação da Fase 2 é de 12 (doze) meses, contados da assinatura do Contrato.

(...)

3.2.6. Fase 3 – Sistema Automatizado de Planejamento e Otimização da Circulação

3.2.6.1. A CESSIONÁRIA deverá implementar, em conjunto com a MRS Logística S.A., um sistema automatizado que definirá automaticamente a programação para D e D+1 (em substituição ao processo desenvolvido na Fase 1). O sistema possibilitará a visão de utilização dos recursos empregados com foco em eficiência, como, por exemplo, direcionamento para programação de equipagem evitando paradas desnecessárias ao longo do percurso e identificação de oportunidades de manutenção.

(...)

3.2.6.6. O prazo para sua conclusão é de 15 (quinze) meses, após a conclusão da Fase 2.

(...)

3.2.7. Fase 4 – Integração entre Ferrovia e Porto

3.2.7.1. A CESSIONÁRIA deverá promover a integração dos sistemas da FIPS com os sistemas operacionais dos seus Associados, dos Operadores Ferroviários Não Associados e dos terminais localizados no Porto, para permitir a troca de informações em tempo real, resultando na elaboração e atualização automática do planejamento e programação considerando também o horizonte de D+2 e D+3.

(...)

3.2.7.5. O prazo para sua conclusão é de 21 (vinte e um) meses, após a conclusão da Fase 3.

(...)

3.2.8. Fase 5 – Unificação estrutural dos CCOs da Baixada Santista

3.2.8.1 A CESSIONÁRIA deverá estar apta para realizar a unificação estrutural e sistêmica de seu CCO com os CCOs que realizam a gestão dos seguintes trechos: (i) a descida da serra de simples aderência, atualmente sob gestão da concessionária Rumo Malha Paulista S.A.; (ii) a descida da serra por meio da cremalheira; e (iii) Ferradura, ambas (ii e iii) atualmente sob gestão da concessionária MRS Logística S.A.

(...)

3.2.8.5. O prazo para a conclusão de implantação da Fase 5 é de 48 (quarenta e oito) meses, contados da assinatura do Contrato.

229. No tocante aos prazos das fases, percebe-se haver coincidência destes, mas alguns com mudanças na redação. Veja-se.

230. As fases 1 e 2 têm respectivamente prazos de 45 dias e 12 meses a partir da assinatura dos contratos em ambas as modelagens para suas conclusões. Já a fase 3 prevista na renovação antecipada da MRS prevê prazo de 27 meses a partir da assinatura, enquanto a fase 3 prevista na cessão da Fips é de 15 meses após conclusão da fase 2, o que perfaz os 27 meses previstos no processo da MRS. Sendo assim, não se identifica problema quanto ao prazo estipulado para conclusão da fase 3 da integração dos CCOs ferroviários.

231. Quanto à fase 4, a renovação antecipada da MRS previu prazo de 48 meses a partir da assinatura do contrato, enquanto a cessão da Fips previu 21 meses após a conclusão da fase 3, o que perfaz os mesmos 48 meses totais. Sendo assim, há coincidência de prazo nas duas modelagens.

232. No tocante à fase 5, a renovação antecipada da MRS prevê 48 meses a partir da assinatura, enquanto que a modelagem da Fips, com a redação dada no novo Anexo VI (peça 117, p. 7), prevê também que a fase 5 deve ser implementada no prazo de 48 meses, a contar da Assinatura do Contrato. Logo, não se identifica inconsistência nos prazos do faseamento da integração operacional da Baixada Santista.

233. Importante destacar que o subitem 3.1.4 deste Anexo VI expressamente define que os Associados e os Operadores Ferroviários não Associados terão o mesmo nível de atendimento na

operação ferroviária, reiterando a modelagem de atendimento a todos operadores, independentemente de sua associação à entidade cessionária (peça 117, p. 3).

234. Destaca-se, por fim, que a futura Associação Cessionária deverá viabilizar o acesso da Cedente (SPA) a todas as informações do CCO necessárias à fiscalização de suas operações e do tráfego ferroviário na Fips, bem como cumprir normas legais e regulamentares aplicáveis, incluindo as editadas pela ANTT, por imposição do item 2.1.10 do Anexo VI – Diretrizes Operacionais (peça 117, p. 2)). Tal obrigação permitirá à SPA acesso atual e futuro às operações e programações, relativas à Fips, incluindo as informações produzidas pelo futuro CCO integrado.

E.4. Alinhamento entre modelagens

235. Percebe-se claramente que houve alinhamento na elaboração das fases de implantação da governança compartilhada da operação ferroviária na Baixada Santista, com mesmos prazos e fases estipulados nos dois estudos, que resultaram, como consta da redação do Anexo VI da minuta de contrato da desestatização da Fips, da política pública definida pelo MInfra.

236. Todavia, caso haja o descasamento nas contratações previstas para a renovação antecipada da MRS ou da cessão onerosa da Fips, o subitem 3.2.3 do Anexo VI dos estudos da Fips estabelece a possibilidade de considerar outras datas, de forma a alinhar os prazos das fases de implantação. Isso é importante porque apenas com as duas contratações realizadas (renovação antecipada da MRS e Cessão Onerosa da Fips) é que poderão ser iniciadas as medidas para integração dos CCOs das ferrovias que operam na Baixada Santista. Ou seja, quando houver a segunda contratação dentre elas, é que os prazos poderão ser iniciados.

237. Quanto às diferenças nas redações de cada fase verificada em cada modelagem, estas derivam do enfoque conferido pelo Cedentes. Nos estudos da MRS, redigiu-se priorizando as ações a cargo da concessionária, ao passo que nos estudos da Fips, descreveu-se as ações para a Cessionária gestora da Fips. Todavia, as ações estabelecidas em cada fase são coincidentes entre as modelagens e possuem os mesmos marcos e produtos para suas conclusões.

238. Sendo assim, esta SeinfraPortoFerrovia não identifica óbice ao prosseguimento destes autos no tocante à governança compartilhada da Baixada Santista.

F. Repartição de riscos do empreendimento

239. A IN TCU 81/2018 dispõe no inciso XXI de seu art. 3º que o Poder Concedente deverá disponibilizar, quando pertinente ao caso concreto, estudo contendo descrição exaustiva de todos os elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento, fundamentando a alocação de cada risco mapeado para cada uma das partes envolvidas no contrato a ser firmado.

240. Dessa perspectiva e após proposta da SeinfraPortoFerrovia (peça 37), o Ministro relator ratificou o escopo associado a elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento (peça 44, p. 1).

241. A SPA apresentou detalhes sobre riscos e responsabilidades distribuídos entre Cessionária e Cedente, baseando-se em suas experiências pretéritas “na gestão da ferrovia e de arrendamentos portuários, alocações de riscos estabelecidas em outros contratos de concessão de malha ferroviária e na capacidade de cada parte de melhor absorvê-los” (peça 2, p. 34). A propósito, a repartição de riscos consta especialmente da Minuta de Contrato de Cessão, cláusulas 24ª e 25ª (peça 8, p. 27 a 32).

242. Alguns riscos transferidos à Associação já estavam mapeados no contrato de arrendamento DP 25/2000 e foram mantidos/aprimorados, como, por exemplo: adequação às normas técnicas, execução de investimentos, obtenção e quitação de financiamentos, inoportuna ou inadequada execução de obras, acidentes causados pela Cessionária, obtenção de licenças e autorizações, desocupação de faixas de domínio, realocação ou demolição de interferências nas obras, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, comerciais e tributários.

243. Outros riscos transferidos à Cessionária surgiram da própria modelagem de cessão onerosa de uso por meio de Associação sem fins lucrativos, como o inadimplemento de obrigações estatutárias, riscos e custos relativos à entrada ou à saída de associado, inadimplemento de associados referente ao rateio de investimentos, conformidade dos chamamentos públicos e decisões que impeçam a cobrança ou o rateio de investimentos relacionados ao objeto contratual.

244. Avanços significativos também foram observados em relação à obtenção de informações pela SPA, valendo destacar Relatórios que deverão ser emitidos pela Associação (peça 8, p. 20):

- a) Relatório mensal de **Acompanhamento Operacional** à SPA, com o volume de mercadorias transportadas na Fips, bem como demais informações requeridas no âmbito do Contrato e seus Anexos;
- b) Relatório anual de **Performance**;
- c) Relatório anual da **Administração da Associação**. Os detalhes desse relatório constam das diretrizes de boa governança (peça 16, p. 11 a 13);
- d) **Despesas operacionais e de capital** incorridas pelos Associados, incluindo-se, entre outras informações: preços; contratos; custos diretos e indiretos; contratações com Partes Relacionadas, documentos constitutivos, Política de Transação com Partes Relacionadas, Política Comercial, Demonstrações Contábeis e Código de Ética;
- e) Relatório anual de **sustentabilidade das atividades** desenvolvidas na Fips, atendendo ao padrão da GRI (*Global Reporting Initiative*).

245. Os três primeiros relatórios serão disponibilizados apenas à SPA, enquanto os 2 últimos devem ser disponibilizados no sítio eletrônico da Associação. Dessa forma, minimiza-se o risco de não conhecimento pela sociedade das despesas operacionais e de capital e das ações de sustentabilidade da Associação, ou seja, minimiza-se a assimetria de informações identificada no contrato de arrendamento DP 25/2000. A tabela do Apêndice I apresenta a distribuição de riscos e responsabilidades, organizada de forma a permitir uma comparação entre SPA e Associação.

246. Não se deve perder de vista também a prestação de informações e relatórios periódicos previstos nas diretrizes de boa governança (peça 16, p. 11):

4.1. Além das informações que devem ser apresentadas pela CESSIONÁRIA à CEDENTE, nos termos do Contrato, a Associação deve divulgar, de forma completa, objetiva, tempestiva e sem privilégios de quem quer que seja, as informações econômico-financeiras, demais informações exigidas por lei, relatórios periódicos sobre todos os aspectos de suas operações e atividades, transações com Associados, quaisquer outros mantenedores e outras Partes Relacionadas, remuneração dos gestores, entre outros, salvo o que comprovadamente exigir confidencialidade.

247. Ainda em relação ao contrato de arrendamento DP 25/2000, em sua cláusula 21ª estava previsto o envio de relatório sobre eventuais impactos ambientais provocados em decorrência das obras executadas, ações adotadas para mitigar ou compensar esses impactos, impactos residuais e as consequentes medidas de mitigação e compensação e os danos ao meio ambiente, sempre que ocorrerem.

248. Contudo, a SPA evidenciou (peça 64, p. 6 e 7) que na minuta do Contrato de Cessão, a Cláusula Décima Sétima dispõe que a Cessionária deverá enviar anualmente à Cedente o Relatório de Performance, com as informações exigidas no Anexo III – Indicadores de Performance e Anexo VII – Diretrizes de Sustentabilidade.

249. O Anexo III, por sua vez, no item 3 (peça 11, p. 2), ratificará o envio anual do Relatório de Performance e, no item 4, ao elencar as informações que deverão ser contempladas no documento, prevê, na alínea 'f' (peça 11, p. 8 a 10), dados relativos à sustentabilidade e outros aspectos relacionados a práticas compatíveis com a preservação do meio ambiente.

250. A Autoridade Portuária também destacou que no Anexo VII, na Cláusula Sétima (peça 15, p. 6 e 7), consta o dever de a Cessionária observar o reporte dos seguintes documentos, nas periodicidades indicadas:

- a) Alterações em Instalações e Estruturas relacionadas à rede de drenagem pluvial, à rede de esgoto sanitário, às fontes geradoras de óleo, bem como às fontes de efluentes, devem ser informadas previamente à intervenção, ainda na fase de projeto, para a devida anuência da SPA.
- b) Relatório sobre a manutenção do sistema de drenagem: Semestralmente, devendo abordar plantas e cortes, manutenção/recuperação das estruturas, sistemas de coleta de águas pluviais e monitoramento da qualidade da água.
- c) Relatório sobre o gerenciamento das fontes de efluentes, incluindo efluentes oleosos: Mensalmente, devendo conter as atividades de gerenciamento desenvolvidas no período, incluindo, quando cabível, as análises químicas que atestem a qualidade dos efluentes, sendo que estas deverão atender aos parâmetros elencados nos artigos 18 e 19-A do Decreto Estadual 8468/76, e no artigo 16 da Resolução CONAMA 430/11.
- d) Relatório de limpezas de caixas de gordura e fossas sépticas (quando houver): Semestralmente, devendo constar os certificados de limpeza e destinação dos dejetos, efluentes e resíduos.

251. De qualquer forma, após questionamentos da equipe de auditoria, a Autoridade Portuária retificou a Cláusula Décima Sétima da minuta do Contrato de cessão (peça 74, p. 20), incluindo a previsão de entrega pela Cessionária à Cedente das seguintes informações: Inventário de Resíduos Sólidos Gerados, Relatório sobre o gerenciamento das fontes de efluentes, Relatório sobre a manutenção do sistema de drenagem; Relatório de limpezas de caixas de gordura e fossas sépticas (quando houver); Inventário de Emissões Atmosféricas e Relatório de Gerenciamento de Áreas Contaminadas. Tais inserções se constituem da materialização de verdadeiros benefícios efetivos ainda no curso da fiscalização.

252. Portanto, considera-se que a SPA apresentou estudos satisfatórios e amplos em relação à repartição de riscos entre Cedente e Cessionária, utilizando sua experiência no acompanhamento do contrato de arrendamento DP 25/2000.

253. Desta feita, no tocante à repartição de riscos do empreendimento, esta SeinfraPortoFerrovia não identifica óbice ao prosseguimento do processo de desestatização da Fips.

G. Regularização ambiental da ampliação e operação da Fips

254. O Plano de investimentos mínimos contém obras de infraestrutura fundamentais para aumento da capacidade de transporte ferroviário na Fips, o que, por sua vez, exige atenção especial em relação a possíveis pontos críticos da governança ambiental que possam contribuir com atrasos indesejados nessas obras.

255. Por um lado, a estrutura associativa prevista minimiza dois dos principais motivos de atrasos nas obras: o abandono pela empresa responsável e as questões orçamentárias e financeiras. Explica-se.

256. O diagnóstico constante do Acórdão 1.079/2019-Plenário, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, evidenciou as causas de paralisação de aproximadamente 3.000 obras do antigo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 23% das obras foram paralisadas por abandono das construtoras e um quantitativo de obras referentes a **quase 50% dos recursos** estava atrasado por motivos orçamentários e financeiros (falta de recursos tempestivos), conforme gráfico abaixo:

Figura 5 – Motivos das paralisações das obras constantes do banco de dados do PAC

Motivo da paralisação	Qtd	Total (RS Milhões)	% Qtd	% Recursos
Técnico	1.359	R\$25.540,58	47%	19%
Abandono pela empresa	674	R\$5.842,71	23%	4%
Outros	344	R\$21.678,21	12%	16%
Orçamentário/Financeiro	294	R\$62.960,61	10%	48%
Órgãos de Controle	93	R\$4.506,36	3%	3%
Judicial	83	R\$6.120,61	3%	5%
Titularidade/Desapropriação	35	R\$3.432,52	1%	3%
Ambiental	32	R\$2.145,38	1%	2%
Total Geral	2.914	RS132.226,99	100%	100%

Fonte: Tabela 12 do relatório do Acórdão TCU 1.079/2019-Plenário.

257. Tendo em vista que a estrutura associativa prevista será formada pelos próprios operadores ferroviários interessados na ampliação tempestiva da malha ferroviária do Porto de Santos e que os investimentos mínimos necessários já estão mapeados, a SPA minimizará os riscos de atrasos nas obras fundamentais.

258. Por outro lado, a urgência de realização dessas obras em um horizonte de vários anos não pode ter influência negativa de outras causas de atrasos menos prováveis, como da ausência de titularidade das áreas necessárias ou de questões ambientais. De uma perspectiva de risco, a baixa probabilidade de ocorrência de certos eventos não pode ofuscar o alto impacto respectivo, que elevaria o risco a patamares que exigiriam certa mitigação de seus efeitos.

259. Assim, incluiu-se no escopo deste trabalho a verificação dos mecanismos à disposição da Cedente que visem garantir o cumprimento pela Cessionária de suas responsabilidades em relação à regularização ambiental da ampliação e operação da Fips.

260. Acerca do tema da futura regularidade ambiental da operação da Fips por parte da Associação Cessionária, lembra-se inicialmente que tal ferrovia já se encontra em funcionamento sob gestão da empresa Portofer, por meio do Contrato DP 25/2000, não se constituindo, portanto, em nova operação. Tendo isso em mente, a SPA foi indagada acerca da atual licença de operação da Fips e respondeu por meio das peças 71 e 108.

261. A Autoridade Portuária informou que o licenciamento ambiental da Portofer para a operação de transporte ferroviário da Fips está em processo de regularização junto ao Ibama, lastreado pelo Decreto Federal 8.437/2015 e pela Resolução Conama 479/2017.

262. Antes de prosseguir, cabe destacar que após a edição destes dois atos normativos, os empreendimentos ferroviários que já se encontravam em operação, como é o caso da Fips, mas que não tinham licença de operação específica, deveriam passar por processo de “regularização ambiental”, para obtê-la. Reitera-se que esta análise do Ibama é apenas sobre a regularização e não sobre viabilidade ambiental.

263. Assim, a Rumo Malha Paulista S.A., detentora da Licença de Operação 1180/2013 (peça 108, p. 6), pediu atrelamento da licença da Portofer, por ser a Rumo responsável deste Contrato junto à SPA, por meio do processo 02001.024172/2021-27, em novembro de 2021, via Ficha de Caracterização de Atividade (FCA) 618004, tendo, inclusive, apresentado proposta de Termo de Compromisso de responsabilização pela regularização ambiental, em dezembro de 2021, nos termos do art. 5º, §3º da Resolução Conama 479 para viabilizar a continuidade das operações ferroviárias enquanto não finalizada a regularização ambiental.

264. Por meio do Ofício 558/2021/CGLIN/DIIC, o Ibama inicialmente posicionou-se contrário ao atrelamento das atividades da Portofer à Licença de Operação da Rumo Malha Paulista.
265. No âmbito do citado processo 02001.024172/2021-27 junto ao Ibama, após discussão técnica sobre a competência para execução do licenciamento ambiental, o Ibama deliberou que a regularização ambiental da Portofer deveria ser tratada no âmbito federal e ser analisada pela Coordenação de Licenciamento Ambiental de Transportes do Ibama.
266. Dado este cenário e considerando que a regularização da Fips ocorrerá de forma separada do licenciamento da Rumo Malha Paulista, existem duas possibilidades de passagem de transferência do licenciamento para o futuro responsável pela gestão da FIPS:
- 266.1. Caso o processo de regularização ambiental da operação da Portofer esteja finalizado até o início da operação pelo futuro gestor da Fips, há a possibilidade de se realizar transferência de CNPJ para que a responsabilidade da Licença de Operação seja passada da Portofer para o futuro operador;
- 266.2. Caso o processo de regularização ambiental da operação da Portofer ainda não esteja finalizado, o futuro responsável pela gestão da Fips poderá assumir o processo de regularização do ponto em que estiver no órgão ambiental.
267. Por outro lado, caso o Ibama decida por atrelar as atividades da Portofer à Licença de Operação da Rumo Malha Paulista, será necessário o desmembramento das atividades que seriam realizadas pelo futuro gestor da Fips da Licença de Operação (LO), antes da transferência de responsabilidade da referida Licença.
268. Informa-se ainda que nenhuma destas três opções é preferível a qualquer outra delas. Todavia, as três têm de ser consideradas, até decisão final do Ibama. Em qualquer caso, é provável que o processo de regularização ambiental prossiga sem maiores percalços, justamente porque a Ferrovia já se encontra em operação, operada pela Portofer.
269. Ademais, lembra-se que, caso sejam estipuladas condicionantes ambientais no processo de transferência da LO para a Associação, oriundas da análise pelo Ibama, o risco quanto ao custeio para o atendimento das medidas estará inteiramente alocado à Cessionária, não sendo identificado risco de impacto nas finanças da SPA. E no tocante ao prazo de atendimento de eventuais condicionantes, o risco novamente está alocado à Cessionária, uma vez que a Associação deverá atendê-las sem impactar o prazo de um ou cinco anos, a depender das obras, estipulados para os investimentos mínimos.
270. Com relação ao licenciamento das obras listadas no Anexo I como investimentos mínimos, devem ser obtidas licenças de instalação e, posteriormente, de operação, para cada obra, todavia sendo todas elas atreladas à futura Licença de Operação da Fips.
271. Por fim, a SPA lembrou que a área do Porto de Santos em que ocorrerão as obras já se encontra antropizada, vislumbrando baixo risco na emissão de condicionantes custosas ou de negativa no licenciamento, por parte do órgão licenciador.
272. Desta feita, uma vez que a Fips já possui licença de operação, não se vislumbram riscos significativos para que a Associação Cessionária consiga obter a licença de operação, no âmbito do processo de regularização ambiental. Com relação ao licenciamento das obras, de forma individual, novamente vislumbra-se baixo risco de sua negativa pela Ibama, dada a existência prévia de LO da Fips e a antropização verificada na área da ferrovia. Ademais, lembra-se que o custo de cumprimento das condicionantes ambientais está integralmente alocado à Associação Cessionária, que deverá ter meios para atendê-las.
273. Considerando ainda que a ferrovia se encontra na poligonal do Porto de Santos, cujo licenciamento pode impactar na operação da Ferrovia, foram solicitadas informações acerca da licença de operação do Porto Organizado.

274. A SPA respondeu (peça 47, p. 4) que a Licença de Operação do Porto de Santos é de 2017 (LO 1382/2017) e está em processo de renovação, uma vez que o prazo do licenciamento era de cinco anos; e que as 30 condicionantes ambientais específicas estipuladas pela Ibama quando da emissão da licença já estão em atendimento ou atendidas.

275. De forma análoga à análise da LO da Fips, vislumbra-se baixo risco na emissão da renovação da licença do Porto, que poderia impactar a operação da Fips, dada a antropização verificada no Porto e o cumprimento quase que total das condicionantes estipuladas pelo Ibama.

276. Sendo assim, entende-se que a modelagem ambiental presente nos estudos da desestatização da Fips endereçou os riscos relevantes e não há óbice à continuidade da desestatização em tela.

H. *Benchmarking* internacional

277. Dada a natureza *sui generis* da modelagem da cessão onerosa da Fips e os mandamentos contidos no Despacho do Ministro-Relator de peça 44, foi solicitada à SPA informações, acerca de *benchmarkings* internacionais sobre o modelo de cessão de uso da Ferrovia Interna do Porto de Santos (peça 50, p. 2-3).

278. Em resposta, a SPA informou em reunião ter usado como *benchmarking* o cinturão ferroviário de Chicago, que dá acesso ao Porto de Chicago e a mais de 100 firmas ao redor do porto. Aduziu ainda haver outros exemplos internacionais de portos com ferrovias internas, a exemplo de: “*Port of Houston; Port of New York and New Jersey; Port of New Orleans; Port of Cleveland e Port of Antwerp*” (peça 51, p. 1).

Cinturão Ferroviário de Chicago

279. Como mais importante elemento comparativo no que tange à Fips, *The Belt Railway Company of Chicago* (BRC) é o maior terminal ferroviário de classificação de composições ferroviárias dos Estados Unidos, emprega aproximadamente 450 pessoas, possui malha com 28 milhas (45 km) de linhas principais e mais de 300 milhas (500 km) de linhas de ligação (“*switching tracks*”) e seus pátios têm mais de 250 milhas (400 km) de linhas (cf. <https://www2.beltrailway.com>). Cabe lembrar que a cidade de Chicago é o maior *hub* ferroviário dos Estados Unidos.

280. Importante destacar a definição de terminal ferroviário ou “*terminal railroad*”. Segundo a engenharia ferroviária (ex: <https://en-academic.com/dic.nsf/enwiki/11111973>), este tipo de trecho ferroviário visa facilitar o tráfego por meio do manejo das composições ferroviárias que lhe chegam, operando sobre um sistema de linhas, pátios e comutadores de linhas de acesso permitido a qualquer operadora ferroviária que trafegue na linha tronco em sua proximidade. Nos EUA, este tipo de terminal é operado por empresa própria que não possui vagão de sua propriedade, já que visa transportar vagões de outras companhias ferroviárias. Todavia, a partir da desregulamentação ocorrida nos Estados Unidos a partir de 1970, permite-se que empresas operadoras de terminais ferroviários possuam vagões próprios e prestem inclusive transporte de carga nestes vagões. Em regra, os terminais ferroviários são construídos e operados por um consórcio das empresas interessadas na eficiência do transporte na linha tronco.

281. A empresa que administra o terminal ferroviário de Chicago foi iniciada em 1882, depois que um investidor percebeu a necessidade da criação de um “*terminal railroad*” em Chicago. Foi então fundada a *Chicago & Western Indiana Railroad*, que, durante 4 anos, construiu uma rede de linhas e conexões, formando um cinturão ferroviário que ligou todas as ferrovias importantes da cidade e os distritos industriais.

282. Nos anos seguintes, cinco ferrovias se juntaram e assinaram arrendamentos para usar as linhas e pátios. A *Belt Railway* e a cidade foram crescendo e a empresa expandiu as linhas e pátios para fora da cidade. Em 1910, a empresa fez estudos para a expansão e mais sete empresas ferroviárias

se juntaram às cinco originais como acionistas. Essas 12 empresas arrendaram a “*Belt Division*” da *Chicago & Western Indiana Railroad* em 1912.

283. Ao longo do tempo, houve falências e fusões, e hoje a *Belt Railway* é uma empresa privada lucrativa de propriedade de seis grandes ferrovias que operam nos Estados Unidos e acessam os portos da região de Chicago: *Burlington Northern Santa Fe Corporation*, *Canadian National*, *Canadian Pacific Railway*, *CSX Transportation*, *Norfolk Southern Corporation* e *Union Pacific Railroad*.

284. Sua missão é realizar a separação, classificação e montagem de composições visando o término ou início do transporte ferroviário. Em números, A BRC consegue despachar 8400 veículos por dia e cada empregado consegue liberar 40 a 50 composições diariamente.

285. A BRC é um excelente exemplo de eficiência e gestão compartilhada, mas a estrutura difere da Fips, pois ela é uma empresa privada e lucrativa, composta por acionistas que são usuários deste terminal ferroviário, e ainda presta serviços de transporte ferroviário para terceiros.

Demais portos com ferrovias internas

286. Consoante resposta da SPA (peça 51, p. 1), outros portos também apresentam ferrovias internas às suas poligonais. São eles: “*Port of Houston; Port of New York and New Jersey; Port of New Orleans; Port of Cleveland e Port of Antwerp*.”

287. Em relação ao Porto de Houston, a ferrovia é administrada pela *Port Terminal Railroad Association* (PTRA) que atualmente é uma Associação entre a Autoridade Portuária de Houston e três ferrovias com acesso ao Porto (cf. <https://www.ptra.com/index.php/about-us/ptra-history-about-us.html>).

288. Todavia, a PTRA foi fundada em 1924 por 18 ferrovias visando prover a todas as ferrovias que adentrassem a cidade acesso às empresas ao longo do canal de Houston, mas após várias fusões e aquisições, apenas três ferrovias compõe atualmente a PTRA.

289. Em média, a PTRA movimenta 2.500 vagões com destino/origem às empresas por dia e, no tocante aos investimentos, teria investido 27 milhões de dólares em manutenção e expansão nos últimos seis anos.

290. No tocante ao Porto de Nova York e Nova Jersey, a ferrovia NYNJR é de propriedade da Autoridade do Porto de Nova York e Nova Jersey desde 2008 e possui a característica de transportar vagões em balsas entre Jersey City, New Jersey, e Brooklyn, New York. Antes, entre 1983 e 2006 a NYNJR tinha como sócios ferrovias e um terminal portuário. Ela se conecta às ferrovias *CSX Transportation* e *Norfolk Souther Railway* (cf. <https://nynjr.com>).

291. Com referência ao Porto de Nova Orleans, este é atendido por seis empresas de transporte ferroviários que adentram ao Porto por meio da *New Orleans Public Belt Railroad Commission* (NOPB) (cf. <https://www.portnola.com/business/cargo/rail>).

292. A NOPB também é expressamente classificada como uma *terminal railroad* com a missão primária de servir ao Porto de New Orleans, às seis ferrovias que se conectam a ela e às firmas de produção industrial locais. A NOPB tem 26 milhas de linhas tronco e 75 milhas de linhas totais e é o quarto maior *hub* ferroviário dos Estado Unidos.

293. A NOPB é classificada como um órgão político independente do Estado da Louisiana em alinhamento com o Porto de Nova Orleans. A diretoria é escolhida pelo Governador da Luisiana, objetivando que a governança adotada e as decisões tomadas sejam feitas no interesse do Porto, do Estado e da malha de transporte ferroviário.

294. Sobre o Porto de Cleveland, a empresa *Cleveland Harbor Belt Railroad* (CHB), atualmente comprada pela empresa *OmniTrax*, realiza o serviço de *terminal railroad* no porto de Cleveland (cf.

<https://omnitrax.com/our-company/our-railroads/cleveland-port-railway/>). Transporta basicamente cargas industriais em 35 milhas de extensão de trilhos.

295. Acerca do Porto de Antuérpia, este contém mais de 1000 km de linhas ferroviárias de titularidade da Infrabel, empresa pública de infraestrutura que faz o gerenciamento e a manutenção dos trilhos. Incríveis 45% do transporte ferroviário da Bélgica passa pelo Porto de Antuérpia, uma vez que nove empresas de transporte ferroviário têm interconexão com o Porto (cf. https://www.portofantwerp.com/sites/default/files/imce/havenkaarten/Port_of_Antwerp-Rail-transport.pdf).

Análise

296. Destaca-se primeiramente que a modelagem da Fips não é inédita no mundo. Existem exemplos de gestões de ferrovias internas ao porto pelas próprias ferrovias, a exemplo dos Portos de Chicago, Houston e Nova Orleans, mas o modelo jurídico difere de porto para porto, podendo variar desde uma empresa típica até a uma associação, passando pela opção de ser um ativo da própria autoridade portuária.

297. A participação de empresas ferroviárias nestes ativos ferroviários internos aos portos decorre da própria natureza da ferrovia interna, pois estas não são ferrovias típicas e sim “*terminal railroads*”, que demandam consolidação e separação de vagões e de locomotivas, de forma a reagrupar ou desagrupar composições visando a entrega ou coleta de cargas. Esse comportamento de terminal ferroviário da Fips alinha-se à recente alteração na Lei 12.815/2013, com a inclusão do art. 56-A, evidenciando que as ferrovias internas às poligonais dos portos não são ferrovias autônomas.

COMENTÁRIOS DOS GESTORES

298. O relatório preliminar de análise da modelagem da desestatização da Fips, elaborado pela equipe de fiscalização e anuído pela Unidade Técnica (peças 111 e 112), foi enviado à Autoridade Portuária de Santos (SPA) e ao Ministério da Infraestrutura, por meio dos Ofícios 18130 e 18131/2022-Seproc, de 3/5/2022 (peças 113 e 115), visando cumprir a fase de recebimento dos comentários dos gestores, conforme estipulado pelo art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.

299. A SPA apresentou suas respostas por meio do Ofício SPA-Dipre-GD/142.2022, de 4/5/2022 (peça 114 e 117), ao passo que o Ministério da Infraestrutura apresentou suas respostas por meio do Ofício 58/2022/AECI, de 6/5/2022 (peça 118-120).

300. Cabe destacar, inicialmente, que o relatório preliminar só continha uma proposta de determinação. Tratava-se de saneamento de inconsistência verificada na fase 5 de integração da governança operacional da Baixada Santista, entre Fips e Ferradura, por meio de ajuste do Anexo VI dos estudos da Fips (peça 111, p. 44).

301. A SPA, em sua resposta (peça 114, p. 2), concordou com a inconsistência apontada e providenciou sua correção, enviando o Anexo VI, de peça 117, em substituição ao documento de peça 80. Em suas palavras:

5. Com efeito, a despeito de o faseamento das diretrizes operacionais relativas à FIPS terem sido estabelecido em sincronia com a modelagem proposta para a renovação antecipada da concessão da MRS, houve um descasamento especificamente no prazo de implantação da fase 5.

6. A SPA já promoveu a alteração da cláusula 3.2.8.5 do Anexo VI, a fim de constar o prazo de 48 (quarenta e oito) meses para implantação da fase 5, conforme se verifica no documento ora encaminhado (doc. 1).

302. Ato contínuo, a SPA enviou o novo Anexo VI, contendo a seguinte nova redação: “3.2.8.5. O prazo para a conclusão de implantação da Fase 5 é de 48 (quarenta e oito) meses, contados da assinatura do Contrato” (peça 117, p. 7).

303. Por fim, a SPA informou que os apontamentos e proposições feitos pela SeinfraPortoFerrovia "foram essenciais para o aprimoramento da modelagem proposta para a cessão onerosa da Fips" (peça 114, p. 2).

304. Quanto aos comentários apresentados pelo MInfra, esta pasta ministerial informou que a SPA providenciou a alteração da redação do item, de forma a compatibilizar os prazos previstos na modelagem da Fips com aqueles constantes dos estudos da renovação antecipada da MRS. Nos demais tópicos, o MInfra concorda com a posicionamento da Unidade Técnica e não apresenta comentários adicionais (peça 119, p. 1).

305. Em análise, percebe-se que a nova redação da cláusula 3.2.8.5 do Anexo VI (peça 117, p. 7) está similar com a redação prevista para a fase 5 da renovação antecipada da MRS, que prevê 48 meses a partir da assinatura do contrato.

306. Considerando que os comentários do MInfra e da SPA foram unânimes em concordar com a necessidade de providenciar a correção da redação da cláusula 3.2.8.5 do Anexo VI, objeto da proposta determinação contida no relatório preliminar, entende-se que a inconsistência verificada no tópico do exame técnico relativo à integração Fips-Ferradura foi superada. Assim, a proposta de determinação perdeu seu objeto e consequentemente a redação do tópico foi alterada neste relatório final.

CONCLUSÃO

307. Após trabalhos pretéritos do TCU que envolvem a Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips) e as consultas e audiências públicas realizadas pela Autoridade Portuária, conforme exposto em detalhes nas seções II.3 e II.4 da Visão Geral, cuidam os autos de desestatização por meio de cessão de uso onerosa a uma associação sem fins lucrativos, que será criada e gerida pelos operadores ferroviários que acessam a Fips, em regime de cooperação e por iniciativa voluntária, com repartição dos custos e investimentos, visando obter ganhos de eficiência operacional, maior rapidez para a realização de obras essenciais ao Porto com investimentos privados, redução de custos logísticos e aplicação de boas práticas de transparência e governança.

308. O modelo associativo proposto demonstra **(i)** uma vantagem comercial, pela expectativa de ganhos de eficiência operacional, maior rapidez para a realização de investimentos essenciais, sem aporte de recursos públicos, e redução de custos logísticos, **(ii)** a superioridade dos parceiros escolhidos e a comunhão de filosofias empresariais, por se tratar dos próprios operadores ferroviários que acessam a Fips, **(iii)** a pertinência e compatibilidade de projetos de longo prazo, materializados nos investimentos mínimos, adicionais e complementares previstos, e **(iv)** a complementariedade das necessidades, já que os próprios interessados em acessar a Ferrovia interna, sob supervisão da Autoridade Portuária, serão responsáveis pela sua gestão, operação, manutenção e expansão.

309. Consequentemente, está compatível com o inciso II do §3º do art. 28 da Lei 13.303/2016 e com os requisitos do voto do Acórdão 2.488/2018-TCU-Plenário, sem perder de vista a necessidade (premissa) de participação de mais de um associado, por força do art. 53 do Código Civil, e a existência de pelo menos um associado investidor (necessidade inafastável de investimentos privados necessários e suficientes).

310. O modelo associativo proposto tem maior probabilidade de sucesso devido ao já existente "acordo voluntário entre os operadores ferroviários que acessam o Porto de Santos", com o "funcionamento harmonioso alcançado pela autorregulação operacional e pelo plano conjunto de priorização e rateio dos custos e investimentos no Cinturão Ferroviário do Porto de Santos", conforme evidenciado pelo relatório do Acórdão 787/2021-Plenário.

311. A análise de mérito abarcou exclusivamente os seguintes tópicos: integração da Fips com o trecho ferroviário denominado "Ferradura"; garantia de aumento e manutenção de capacidade;

definição adequada de regras de rateio de custos e investimentos; aspectos essenciais da governança corporativa da associação, incluindo as competências fiscalizatórias da SPA, ANTT e Antaq; elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento; mecanismos à disposição da Cedente que visem garantir o cumprimento pela Cessionária de suas responsabilidades em relação à regularização ambiental da ampliação e operação da Fips; e *benchmarking* internacional.

312. Inicialmente, convém ressaltar que parte dos avanços identificados na modelagem são decorrentes de ações pretéritas do TCU e/ou da consulta pública realizada pela SPA, como, por exemplo, a redução em mais de 50% das obrigações iniciais de investimentos da Cessionária, reduzindo o impacto financeiro sobre a associação e sobre a carga ferroviária, e a adoção de mecanismos contratuais (contrato de cessão) capazes de conferir maior previsibilidade, transparência e segurança para que a Fips não venha a se tornar um gargalo para as operações portuárias.

313. O mesmo pode ser dito em relação à Integração da Fips com o trecho ferroviário denominado “Ferradura”, pois está prevista uma integração total dos Centros de Controle Operacional (CCOs) das ferrovias que acessam o Porto de Santos (Rumo, MRS e VLi) e Fips, inclusive com a construção do chamado CCO integrado, de forma a controlar a gestão do tráfego ferroviário de acesso à Ferradura e à Fips, reduzindo risco de congestionamentos e problemas operacionais na operação diária da Ferrovia Interna.

314. No tema da integração da Fips com a Ferradura, a análise evidenciou que há alinhamento entre os estudos que subsidiam a desestatização da Fips e aqueles que sustentam a prorrogação antecipada da MRS, titular da malha ferroviária conhecida como Ferradura, com idêntico faseamento para a unificação do Centro de Controle Operacional da Baixada Santista.

315. Quanto às regras de rateio de investimentos, custos e despesas, uma das inovações da modelagem proposta e um dos pontos críticos citados no Acórdão 2.276/2021-Plenário, a auditoria identificou uma impropriedade que descontava da parcela a ser paga pelos investidores a totalidade dos pagamentos dos não-investidores, o que geraria um fluxo de caixa negativo para a associação. Foi apontado que o correto seria descontar apenas a parcela compensatória, ou seja, o montante pago pelos não investidores a título de depreciação e custo de capital, que representa o excedente de capital gerado por eles. Considerando a pertinência do apontado pela equipe de auditoria, a SPA promoveu imediatamente as correções necessárias.

316. Aqui, registre-se, ao identificar e fundamentar oportunidades de melhoria, dentre opções lícitas possíveis, e após as contribuições do Painel de Referência, sem perder de vistas várias reuniões realizadas com os operadores ferroviários, a equipe da SeinfraPortoFerrovia realizou reuniões com os gestores, que, por sua vez, retificaram parte da modelagem, quando havia concordância, sem que houvesse qualquer prejuízo à sua liberdade para fazer escolhas lícitas. Respeitou-se, plena e continuamente, o exercício das competências discricionárias da SPA.

317. Em relação à governança corporativa da Associação, a SPA considerou como critérios para a modelagem práticas de mercado customizadas às necessidades e premissas do projeto, tais quais: Código Brasileiro de Governança Corporativa do IBGC, que orienta os requisitos de governança exigidos pela CVM nos seus diferentes níveis de listagem das companhias abertas; Guia das Melhores Práticas para Organizações do Terceiro Setor: Associações e Fundações do IBGC, aplicáveis também às associações que desenvolvem atividades econômicas; Instruções da CVM sobre requisitos mínimos de governança para empresas listadas; Legislação Anticorrupção brasileira.

318. Prevê-se uma Associação sem fins lucrativos com a seguinte estrutura mínima:

- a) **Assembleia Geral de Associados.** Instância máxima decisória. Cada associado tem direito a um voto, independentemente de ser associado investidor ou não investidor. Dentre as competências, a Assembleia aprova alterações estatutárias e define quóruns qualificados de deliberação;

- b) **Conselho de Administração.** Órgão superior de deliberação colegiada, que dá o direcionamento estratégico à Diretoria executiva e zela pelo cumprimento das finalidades associativas. Mínimo de 5 membros. Dentre suas competências, destacam-se a escolha e a eleição dos membros da Diretoria Executiva, a aprovação dos Investimentos Adicionais e Complementares e a aprovação da alteração do critério de rateio de custos, investimentos e despesas;
- c) **Diretoria Executiva.** Planeja, organiza, dirige e controla os recursos da Associação. Mínimo 3 e máximo 5 membros, com dedicação exclusiva, eleitos pelo Conselho de Administração por maioria simples. Os membros devem manter independência em relação aos associados;
- d) **Conselho fiscal.** Fiscalização da gestão da Associação. Mínimo de 3 membros. Os conselheiros fiscais poderão agir em conjunto ou individualmente, apesar de o órgão ser colegiado.; e
- e) **Auditoria independente.** O Conselho de Administração deve selecionar, contratar, aprovar os respectivos honorários, ratificar planos de trabalho e avaliar o desempenho da auditoria independente e atuar a partir dos resultados apresentados. As diretrizes de atuação da auditoria independente constam das diretrizes de boa governança.

319. Após questionamentos e análises da equipe de auditoria, a SPA encaminhou alterações e ajustes nos documentos originais (peças 72-79, 81-107 e 117), permitindo estatutariamente uma interação necessária e suficiente do conselho fiscal com a auditoria independente e aprimorando as indicações para o Conselho de Administração, reduzindo, por sua vez, a concentração de poder decisório do operador majoritário, sem deixar de lhe conferir a maioria simples.

320. Ademais, incluiu-se (i) que associados/interessados serão operadores ferroviários habilitados perante a ANTT, que sejam usuários da Fips, ou, alternativamente, pessoa jurídica detentora do controle, direto ou indireto, de 2 (dois) ou mais operadores ferroviários habilitados perante a ANTT, que sejam usuários da Fips e pertençam a um mesmo Grupo Econômico e (ii) que a garantia de execução e a penalidade de multa terão como base de cálculo a receita bruta realizada, com exceção do primeiro ano de vigência contratual, em que será adotado o orçamento anual projetado.

321. Não se deve perder de vista também que a atuação do controle externo federal fomentou os avanços contemporâneos de tratativas entre ANTT e Antaq, que têm o potencial de minimizar a falta de regulação e fiscalização efetivas da Fips pela ANTT, exposta pelo TCU nos trabalhos que resultaram nos Acórdãos 893/2021 e 2.276/2021, ambos do Plenário desta Casa, sem prejuízo de que a concretização dessa expectativa seja monitorada pela SeinfraPortoFerrovia em trabalhos futuros.

322. A partir da inovação legal (art. 56-A na Lei 12.815/2013) surgida após a conclusão do levantamento do arranjo ferroviário de acesso ao Porto de Santos, em 2021, restou patente (i) que há obrigação legal da atuação da ANTT na fiscalização do transporte ferroviário da Fips, corroborada por Nota Informativa do Ministério da Infraestrutura (peça 71, p. 18 e 19); (ii) que a Antaq deve fiscalizar subsidiariamente o cumprimento do contrato da Fips, exceto no que toca às competências da ANTT, em complemento à fiscalização da SPA, por ser tratar de ativo portuário não afeto às operações portuárias; e (iii) que tal fiscalização pode se dar por uma ou outra agência, nos termos do convênio.

323. Quanto à repartição de riscos, alguns deles já estavam mapeados no contrato de arrendamento DP 25/2000 e foram mantidos/aprimorados, como, por exemplo: adequação às normas técnicas, execução de investimentos, obtenção e quitação de financiamentos, inoportuna ou inadequada execução de obras, acidentes causados pela Cessionária, obtenção de licenças e autorizações, desocupação de faixas de domínio, realocação ou demolição de interferências nas obras, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, comerciais e tributários.

324. Outros riscos transferidos à Cessionária surgiram da própria modelagem de cessão onerosa de uso por meio de Associação sem fins lucrativos, como o inadimplemento de obrigações estatutárias, riscos e custos relativos à entrada ou à saída de associado, inadimplemento de associados referente ao rateio de investimentos, conformidade dos chamamentos públicos e decisões que impeçam a cobrança ou o rateio de investimentos relacionados ao objeto contratual.

325. Avanços significativos também foram observados em relação à obtenção de informações pela SPA, valendo destacar relatórios que deverão ser emitidos pela Associação:

- a) Relatório mensal de Acompanhamento Operacional à SPA, com o volume de mercadorias transportadas na Fips, bem como demais informações requeridas no âmbito do Contrato e seus Anexos;
- b) Relatório anual de Performance;
- c) Relatório anual da Administração da Associação. Os detalhes desse relatório constam das diretrizes de boa governança (peça 16, p. 11 a 13);
- d) Despesas operacionais e de capital incorridas pelos Associados, incluindo-se, entre outras informações: preços; contratos; custos diretos e indiretos; contratações com Partes Relacionadas, documentos constitutivos, Política de Transação com Partes Relacionadas, Política Comercial, Demonstrações Contábeis e Código de Ética;
- e) Relatório anual de sustentabilidade das atividades desenvolvidas na Fips, atendendo ao padrão da GRI (*Global Reporting Initiative*).

326. No tocante à viabilidade ambiental da Fips, lembrou-se que a Ferrovia já se encontra em funcionamento sob gestão da empresa Portofer, por meio do Contrato DP 25/2000, não se constituindo, portanto, em nova operação. Todavia, a Autoridade Portuária informou que o licenciamento ambiental da Portofer para a operação de transporte ferroviário da Fips está em processo de regularização junto ao Ibama, lastreado pelo Decreto Federal 8.437/2015 e pela Resolução Conama 479/2017.

327. A regularização ambiental é necessária porque, após a edição destes dois atos normativos, os empreendimentos ferroviários que já se encontravam em operação, como é o caso da Fips, mas que não tinham licença de operação específica, deveriam passar por processo de “regularização ambiental”, para obtê-la.

328. Ato contínuo, a Rumo, controladora da empresa titular da concessão da Rumo Malha Paulista (RMP) e da Portofer, abriu o processo 02001.024172/2021-27 junto ao Ibama, visando atrelar as atividades da Portofer à sua licença da RMP e, assim, obter a licença para a Portofer. Segundo a SPA, três são os resultados possíveis: Portofer obtém licença de operação desatrelada da RMP antes da constituição da Associação Cessionária e, na sequência, realiza a transferência para o novo gestor da Fips; Portofer, não obtém a licença de operação antes da Constituição da Associação, mas transfere a responsabilidade à nova Cessionária em processo desatrelado do processo da RMP; e, no caso em que as atividades da Portofer estejam atreladas à Licença de Operação da Rumo Malha Paulista, será necessário o desmembramento das atividades que seriam realizadas pelo futuro gestor da FIPS da Licença de Operação, antes da transferência de responsabilidade da referida Licença. Em todos os casos, é provável que o processo de regularização ambiental prossiga sem maiores percalços, justamente porque a Ferrovia já se encontra em operação, operada pela Portofer.

329. Quanto ao licenciamento dos investimentos mínimos, estes deverão ser licenciados, mas atrelados à futura Licença de Operação da Fips, com os riscos de atraso de cronograma e de cumprimento das condicionantes ambientais atribuídos à Associação Cessionária.

330. No tocante à Licença de Operação do Porto de Santos, verificou-se que ela está em processo de renovação e que há baixo risco de impacto na operação da Fips decorrente da renovação.

331. Com relação ao *benchmarking* internacional, a análise apontou que a modelagem teve como modelo o cinturão ferroviário de Chicago, que dá acesso ao Porto de Chicago e a mais de 100 firmas ao redor do porto, operado pela *The Belt Railway Company of Chicago* (BRC), que se constitui no maior “*terminal railroad*” de classificação de composições ferroviárias dos Estados Unidos.

332. A BRC é uma empresa privada lucrativa de propriedade de seis grandes ferrovias que operam nos Estados Unidos e acessam os portos da região de Chicago. Sua missão é realizar a separação, classificação e montagem de composições visando o término ou início do transporte ferroviário com foco na eficiência e no atendimento aos terminais e linhas tronco atendidos.

333. A análise também apontou outros portos que possuem empresas ou associações para operar suas ferrovias internas, com características de “*terminal railroad*”, e que são propriedades das empresas de ferrovias de linhas tronco com acesso aos portos, ou de terminais, ou até mesmo do governo ou da autoridade portuária. Em todas, o foco é prover atendimento às linhas tronco e aos terminais com eficiência e de forma lucrativa.

334. A propósito, apesar de prejuízos à atuação do Tribunal em alguns processos de desestatização devido ao envio de informações desatualizadas, pendentes de decisões definitivas ou em versões diferentes daquelas disponibilizadas nos canais oficiais, como ocorreu, por exemplo, nas desestatizações avaliadas pelos Acórdãos 1.792/2019 (relator Ministro Benjamim Zymler) e 352/2020 (relator Ministro Augusto Nardes), ambos do plenário e da área de infraestrutura portuária, o processo em tela apresentou estabilidade significativa em relação à documentação submetida ao TCU, com uma documentação inicial e outra retificada após as interações entre a SPA e o Tribunal, o que não só viabilizou a tempestividade das análises dentro dos prazos da IN 81/2018, mas também evidenciou a maturidade técnica alcançada pelo Poder Concedente na modelagem do caso concreto.

335. Diante do exposto, a SeinfraPortoFerrovia e as entidades do Poder Concedente alcançaram um nível de capacidade negocial suficiente para que mudanças relevantes na modelagem da Fips fossem viabilizadas pela Autoridade Portuária durante a realização da auditoria, nos mesmos moldes do que foi reconhecido, por exemplo, no voto do Acórdão 3.263/2020-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, referente a arrendamento portuário de quatro terminais voltados para a movimentação e a armazenagem de graneis líquidos combustíveis – também processo sob responsabilidade desta unidade técnica especializada.

336. Dadas as competências fiscalizatórias e regulatórias da ANTT e da Antaq sobre a produção de transporte ferroviário da Fips e sobre a exploração de infraestrutura do Porto Organizado de Santos, respectivamente por força do art. 56-A da Lei 12.815/2013 e do art. 23 da Lei 10.233/2001, e também por força do convênio celebrado pelas agências para permitir a fiscalização sobre a Fips, propõe-se ainda o envio de cópia do acórdão que vier a ser proferido às duas agências, para ciência.

BENEFÍCIOS DO CONTROLE

337. No tocante aos benefícios do controle, dada a proatividade da SPA em realizar alterações quando da identificação de oportunidades de melhoria, pôde-se apontar a existência, desde já, de benefícios efetivos, decorrentes da atuação dos trabalhos desta Unidade Técnica.

338. Com relação ao rateio dos custos e despesas, a auditoria identificou uma impropriedade que descontava da parcela a ser paga pelos investidores a totalidade dos pagamentos dos não-investidores, o que geraria um fluxo de caixa negativo para a associação. Foi apontado que o correto seria descontar apenas a parcela compensatória (chamada de excedente de caixa), ou seja, o montante pago pelos não investidores a título de depreciação e custo de capital, que representa o excedente de capital gerado por eles. Considerando a pertinência do apontado pela equipe de auditoria, a SPA promoveu imediatamente as correções necessárias, substituindo o Anexo II de peça 10 pelo de peça 46, com a motivação dada na peça 45.

339. No que toca à governança futura da Associação Cessionária, grandes foram as alterações nos estudos, dada as discussões havidas no curso da análise realizada pela equipe de fiscalização. De diferença entre o Anexo XVIII de peça 25 e aquele de peça 107, pode-se destacar a mitigação da possível concentração de poder decisório pelo operador ferroviário responsável pelo maior volume de movimentação de cargas na Fips, especialmente no Conselho de Administração da futura Associação Cessionária; possível utilização da figura do conselheiro independente desde a constituição da Associação; melhorias das competências do Conselho Fiscal e da Auditoria Independente; aperfeiçoamento das possibilidades de ingresso de Associados, impedindo expressamente que operadores ferroviários do mesmo grupo econômico compoñham a Associação e que estes possam ser representados pela *holding* ou por um operador ferroviário escolhido; e utilização da receita bruta realizada para aplicação de penalidades, no lugar do orçamento anual da Associação, visando reduzir discussões quando de sua utilização.

340. Em relação à viabilidade ambiental, os trabalhos desta Unidade Técnica permitiram trazer aos autos transparência sobre a situação do licenciamento ambiental da Ferrovia, ao propiciar informações sobre a necessidade de regularização ambiental junto ao Ibama, lastreado pelo Decreto 8.437/2015 e pela Resolução Conama 479/2017, que já está sendo realizado no âmbito do processo 02001.024172/2021-27, melhorando ainda a expectativa quanto ao desfecho desse processo, consistindo nos três cenários indicados no exame técnico, como pode ser visto ao se comparar a peça 2 (p. 32-33) com as informações novas contidas nas peças 71 e 108.

341. Lembra-se ainda que, desde a realização do Levantamento do arranjo ferroviário da Baixada Santista (TC 006.817/2021-1), a SPA vem promovendo melhorias no projeto de desestatização da Fips que podem ser vistas nos estudos. Como exemplos, citam-se a evidenciação da metodologia de cálculo do Índice de Saturação Ferroviária (ISF) e a mudança dos gatilhos para a realização dos investimentos adicionais (antes do Levantamento, ISF crítico era próximo a 100%; posteriormente passou a ser 80%), que foram melhorias posteriores ao citado trabalho.

342. Assim, em conclusão, houve aperfeiçoamento dos estudos que subsidiam a desestatização da Fips elaborados pela Autoridade Portuária de Santos (SPA).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

343. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior com a proposta de:

343.1. dar ciência à Autoridade Portuária de Santos (SPA) e ao Ministério da Infraestrutura que não foram encontrados óbices à utilização da modelagem submetida ao TCU para análise, nos termos da IN-TCU 81/2018, visando a realização da desestatização da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips);

343.2. dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à Autoridade Portuária de Santos (SPA), ao Ministério da Infraestrutura, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);

343.3. arquivar os presentes autos.”

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, registro que atuo na relatoria da presente Desestatização, por ter recebido os processos que estavam sob a relatoria do Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, conforme termo de distribuição à peça 30.

2. Em análise, processo de Desestatização dos atos e procedimentos preparatórios para a cessão onerosa de uso da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips), localizada no interior da área poligonal do Porto de Santos, de titularidade da *Santos Port Authority* (SPA), empresa pública, vinculada ao Ministério da Infraestrutura.

3. O objeto da cessão refere-se à gestão, operação, manutenção e expansão da Fips, com previsão de realização de investimentos para movimentação de cargas pelo Porto de Santos, pelo prazo de 35 anos, podendo ser prorrogado por sucessivos períodos. O contrato de cessão será celebrado pela SPA, como cedente, com Associação constituída pelos operadores ferroviários, como cessionária.

I - Histórico

4. Inicialmente, registro a tramitação dos presentes autos no TCU. O processo foi autuado em 24/1/2022, após o recebimento da documentação técnica e jurídica encaminhada com a Carta SPA-DIPRE-GD/22.2022, de 21/1/2022, protocolada pela SPA (peças 2 a 26). Observo que os estudos e a documentação recebidos pelo TCU apresentaram os resultados decorrentes de consulta e audiência públicas realizadas, conforme dispõe o art. 3º da IN TCU 81/2018.

5. Em 16/2/2022, manifestei-me de acordo com a proposta da SeinfraPortoFerrovia em analisar a desestatização da Fips tendo como critério a IN-TCU 81/2018 e considerar que a documentação entregue pela SPA atendia formalmente os itens exigidos pela referida Instrução Normativa, quando pertinentes. Orientei, ainda, a unidade técnica a proceder à realização de Painel de Referência sobre a Cessão Onerosa da Fips durante a fase de instrução (peça 34).

6. Posteriormente, concordei com o escopo proposto pela SeinfraPortoFerrovia (peça 37) para os trabalhos no âmbito deste processo e reforcei a necessidade de conferir ampla publicidade à realização do Painel de Referência, em razão das características *sui generis* da presente cessão de uso de bem público, em que não se prevê competição entre os agentes privados.

7. Importante ressaltar que a SPA submeteu ao TCU novos estudos (peças 72-107) com melhorias decorrentes das análises e reuniões realizadas com a unidade técnica e com outros atores do setor. Assim, o relatório preliminar considerou as modificações nos estudos e foi submetido à SPA e ao MInfra para comentários dos gestores (peças 111 a 113 e 115). Além do envio do relatório, em atendimento à Resolução-TCU 315/2020, foi promovida a reunião da equipe de auditoria com os representantes da SPA e do MInfra para apresentação das conclusões preliminares no dia 2/5/2022.

8. Em 11/5/2022, a unidade técnica concluiu a fase de instrução e submeteu proposta de mérito, com anuência do diretor e do secretário, ao meu Gabinete (peças 122 a 124), na qual se verifica que o apontamento do relatório preliminar foi acatado pelos jurisdicionados e internalizado na versão mais recente dos estudos.

9. Por fim, registro que após ter recebido a instrução de mérito, o processo retornou à unidade técnica para análise da proposta do Ministério da Infraestrutura (peça 130), recebida no dia 28/6/2022, que visa a inclusão de cláusula no edital de chamamento público prevendo a situação em que apenas uma operadora ferroviária interessada seja admitida. Complementarmente, a SeinfraPortoFerrovia avaliou o memorial incluído pela VLI Multimodal S.A. (peça 126) e o pedido de ingresso nos autos

formulado pela Antaq (peça 131-132). As últimas análises da unidade técnica constam na instrução de mérito à peça 133 em complemento ao relatório contido na peça 122.

II - Contextualização

10. A Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips) é definida como “sistema ferroviário que compreende as instalações, obras de arte, infraestrutura, superestrutura, ramais, sistemas de sinalização, edificações, material rodante e demais bens e serviços que sejam necessários à disponibilização da malha ferroviária inserida nos limites atuais e futuros do Porto Organizado” (peça 73).

11. A Fips corresponde ao último trecho interno à área portuária com aproximadamente 100 quilômetros de trilhos e se conecta apenas à ferrovia conhecida como Ferradura, que é parte da malha da concessionária ferroviária MRS Logística S.A..

12. A Portofer Transporte Ferroviário LTDA. (PortoFer) administra a Fips, em decorrência do Contrato DP/25.2000, que foi celebrado por inexigibilidade de licitação, em 28/6/2000, com prazo de 25 anos. A Portofer é uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) constituída por concessionárias ferroviárias que atualmente correspondem as atuais Rumo Malha Paulista e Rumo Malha Norte.

13. Em relação ao funcionamento da Fips, é importante descrever, ainda que de forma resumida, a previsão de ampliação da movimentação de cargas no Porto, o acesso à ferrovia e os grupos econômicos que a utilizam. Desta forma, transcrevo partes do relatório da unidade técnica:

Segundo a Autoridade Portuária de Santos, o modal ferroviário responde por aproximadamente 30% do transporte das cargas movimentadas no interior do Porto. A cada ano, essa participação vem aumentando progressivamente, a partir da unificação de procedimentos operacionais e de melhorias no atendimento aos clientes (cf. <https://www.portodesantos.com.br/conheca-o-porto/infraestrutura-portuaria/>).

Nos termos do atual PDZ, aprovado em 2020, dentro as diretrizes estabelecidas para o desenvolvimento do planejamento e zoneamento do Porto destacam-se o aumento da participação ferroviária nas operações, em consonância com as ações conduzidas pelo MInfra, principalmente aquelas relacionadas à maior capacitação deste modal na região de influência de Santos; e o atendimento de 100% da carga da região de influência.

A propósito, cabe destacar que a Ferrovia Interna do Porto de Santos se conecta apenas à ferrovia conhecida como Ferradura, que é parte da malha da concessionária ferroviária MRS Logística S.A. (MRS), cuja renovação antecipada está sendo analisada nos autos do TC 025.914/2021-9.

A Ferradura, por sua vez, recebe cargas transportadas pelas concessionárias de três grupos econômicos, a saber: MRS, Rumo e VLi, a seguir detalhados, para entrega à Fips ou a terminais privados nas proximidades do Porto de Santos. Juntas, Fips e Ferradura constituem o cinturão ferroviário da Baixada Santista e operam de forma integrada, visando o incremento de eficiência na operação de transporte.

...

Portanto, na configuração atual, as concessionárias dos grupos Rumo e VLi acessam a Fips por meio de direito de passagem, transitando na Ferradura, operada pela MRS.

14. Assim, a SPA enviou os estudos referentes ao modelo proposto tendo como premissas: o atendimento da demanda projetada no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ), por meio de novos investimentos, e a colaboração entre operadores ferroviários com acesso ao porto, de forma a privilegiar a eficiência na operação, e não a lucratividade.

III - Informações gerais sobre a modelagem

15. A SPA avaliou três opções de modelagem para gestão da Fips: a) renovação do Contrato DP/25.2020; b) concessão da Fips; e c) cessão da Fips. Visando preservar os aspectos positivos do

modelo operacional atual, caracterizado pela gestão integrada e autorregulação operacional, a SPA selecionou a alternativa de cessão onerosa com fundamento na contratação por oportunidade de negócio precedida por chamamento público, em que seja oportunizada a participação de todos os operadores ferroviários.

16. O Ato Justificatório da modelagem da exploração indireta da Ferrovia Interna do Porto de Santos (peça 65), que motivou a desestatização, informa que aprimorou o atual modelo da Fips “caracterizado pela cooperação entre as concessionárias ferroviárias que acessam o Porto de Santos, as quais operam sob regime de não-lucratividade e mediante rateio de custos e investimentos proporcionais à sua movimentação.”. Assim, os documentos encaminhados propõem a cessão de uso onerosa, tendo como Cessionária uma Associação sem fins lucrativos entre operadores ferroviários com acesso ao Porto de Santos que, em regime de gestão compartilhada, irão ratear os custos e investimentos para gestão, manutenção e expansão da Fips.

17. Considerando a proposta da associação sem fins lucrativos e o rateio dos custos entre os associados, a presente desestatização não apresenta tarifas nem margem definidas. Isto posto, de forma atípica, não há modelagem econômico-financeira elaborada para cálculo de valor presente líquido (VPL) do fluxo de caixa.

18. Ainda, em decorrência da ausência de modelagem econômico-financeira, foi estipulado o valor de 3% da Receita Operacional Bruta da Associação para pagamento à SPA como arrendamento. Observa-se que o percentual foi definido com base no Manual de Procedimentos de Análise de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) de Arrendamentos Portuários da Antaq, sobre situações em que a modelagem econômico-financeira apresenta Valor Presente Líquido negativo.

IV - Processos relacionados ao objeto da presente desestatização

19. Esta Corte de Contas realizou três trabalhos pretéritos relacionados à Ferrovia Interna do Porto de Santos. A saber:

20. Auditoria no Contrato de Arrendamento DP 25/2000 entre SPA e Portofer (TC 001.113/2015-1) apontou entre as irregularidades: (i) falta de fiscalização e acompanhamento pelas Agências reguladoras e pela SPA dos investimentos realizados; (ii) assimetria de informações relacionadas à composição dos custos e ao impacto dos investimentos na eficiência da operação; (iii) gestão em regime de "monopólio" e (iv) abertura de espaço para questionamentos quanto à modicidade do valor cobrado, à remuneração recebida pela SPA e à manutenção e aos investimentos que a malha recebeu nesse período.

21. Diante das irregularidades encontradas, por meio do Acórdão 893/2021-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar, foi determinado à SPA que se abstinhasse de efetuar a prorrogação do Contrato de Arrendamento DP/25.2000. Resta pendente a apreciação do pedido de reexame interposto por Portofer Transporte Ferroviário Ltda, que atualmente está sob a Relatoria recursal do Exmo. Ministro Jorge Oliveira.

22. Auditoria operacional de compartilhamento de malha ferroviária (TC 027.620/2019-0) identificou o modelo de gestão aplicado ao cinturão Ferroviário do Porto de Santos como uma boa prática, conforme Acórdão 787/2021-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro. Destacam-se dois aspectos da boa prática: a) a gestão operacional efetiva do Centro de Controle Operacional (CCO) da Portofer, tanto na Ferradura quanto na Fips; b) uma espécie de “autorregulação operacional” desenvolvida, de forma voluntária, pelos operadores ferroviários da Rumo, VLi e MRS, “o que chamaram de Plano Diretor da Baixada Santista”.

23. Levantamento do arranjo ferroviário na Baixada Santista (TC 006.817/2021-1, Acórdão 2.276/2021-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro) registrou que, em relação à Fips, a solução elaborada pela SPA preservava aspectos positivos do modelo atual de gestão

compartilhada e não-lucratividade, porém, foram apresentadas críticas ao modelo vigente à época: alternativa societária a ser adotada; critérios de distribuição dos direitos políticos e econômicos dos acionistas; critérios de rateio de custos e de investimentos; amortização dos investimentos; estudos e projetos definidores dos investimentos necessários em nível conceitual; mecanismo de gatilho para novos investimentos; remuneração da SPA; e cláusula de dissolução por eventual concessionário da SPA.

24. A unidade técnica, destacou que a documentação encaminhada ao TCU neste processo de desestatização trouxe avanços face as análises referentes ao Acórdão 2.276/2021-TCU-Plenário, “o que contribuiu para a celeridade das análises nos moldes da IN-TCU 81/2018”.

V – Análise da Modelagem

25. Diante das especificidades da ferrovia e do modelo proposto, passo a tratar dos pontos destacados pela SeinfraPortoFerrovia em seu relatório: a) Viabilidade jurídica da contratação; b) Garantia de aumento e manutenção de capacidade; c) Regras de rateio de investimentos, custos e despesas; d) Aspectos essenciais da governança corporativa da associação; e) Integração da Fips com o trecho ferroviário denominado Ferradura; f) repartição de riscos do empreendimento; g) Regularização ambiental da ampliação e operação da Fips; h) *benchmarking* internacional.

V.1 - Viabilidade jurídica da contratação

26. Inicialmente é importante evidenciar que a recente Lei Federal 14.273/2021 trouxe clareza a respeito das ferrovias localizadas dentro dos portos quando incluiu o artigo 56-A na Lei 12.815/2013:

Art. 56-A. As infraestruturas ferroviárias no interior do perímetro dos portos e instalações portuárias não se constituem em ferrovias autônomas e são administradas pela respectiva autoridade portuária ou autorizatário, dispensada a realização de outorga específica para sua exploração.

27. Desta forma, constata-se que a Ferrovia Interna do Porto de Santos se caracteriza como ferrovia não autônoma, de gestão da SPA, e que não precisa de outorga específica para transferência de sua gestão, sendo de competência da Autoridade Portuária de Santos a sua operação ou delegação.

28. Seguindo a análise da viabilidade jurídica da cessão onerosa a ser realizada pela SPA, verifica-se que a escolha do modelo foi fundamentada na Oportunidade de Negócio citada no art. 28, § 3º, III, da Lei 13.303/2016. A referida Lei, ao tratar da exigência de licitação a que estão submetidas as empresas públicas e as sociedades de econômica mista, possibilita a dispensa de processo competitivo “nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.”.

29. O modelo demonstra as características particulares vinculadas a oportunidades de negócio definidas e específicas, uma vez que a cessão de uso onerosa a uma associação sem fins lucrativos, criada e gerida pelos operadores ferroviários que acessam a Fips, em regime de cooperação e por iniciativa voluntária, com repartição dos custos e investimentos, visa obter ganhos de eficiência operacional, maior rapidez para a realização de obras essenciais ao Porto com investimentos privados, redução de custos logísticos e aplicação de boas práticas de transparência e governança.

30. Destaco o entendimento trazido pela unidade técnica que a “Inviabilidade de procedimento competitivo”, neste caso, deve ser entendida como a inconveniência da competição, que levaria a maiores custos aos usuários finais, sendo dada a oportunidade de participação a todos os operadores ferroviários do Porto de Santos no momento da constituição da Associação, bem como a cada dois anos.

31. A SeinfraPortoFerrovia manifestou-se no sentido de que “a modelagem proposta tem viabilidade jurídica, ressaltando que a concretização da cessão da Fips, nos moldes apresentados,

depende das seguintes condições: a participação de mais de um associado; e a existência de pelo menos um associado investidor”. As condições derivam da modelagem contratual baseada na Associação, art. 53 da Lei 10.406/2002 (Código Civil) e na oportunidade de negócio disposta no art. 28, §3º, II, da Lei 13.303/2016.

32. No dia 28/6/2022, o Minfra encaminhou ao TCU proposta para inclusão de cláusula prevendo que seja constituída uma sociedade unipessoal, caso admita-se apenas uma operadora ferroviária no chamamento público (peça 130):

visando dar maior segurança para o Edital de Chamamento Público Constitutivo, propõe-se a inclusão de cláusula prevendo que, caso apenas uma operadora ferroviária interessada seja admitida no chamamento público, ou em caso de unipessoalidade superveniente no quadro associativo da cessionária, a operadora admitida deverá constituir pessoa jurídica de direito privado cuja forma societária admita a unipessoalidade, para fins de celebração ou aditamento do Contrato de Cessão, observando no que couber, todas as demais diretrizes de governança aplicáveis.

33. A SeinfraPortoFerrovia avaliou os possíveis impactos da alteração apresentada pelo Ministério da Infraestrutura (peça 133) e concluiu que eventual alteração do contrato deve manter as premissas adotadas na modelagem da presente desestatização. Desta forma, a unidade técnica propôs recomendações visando assegurar as premissas do modelo.

34. Entendo que o modelo analisado considerou as características particulares de uma cessão de uso onerosa a uma associação sem fins lucrativos, criada e gerida pelos operadores ferroviários. Isto posto, a constituição de pessoa jurídica de direito privado cuja forma societária admita a unipessoalidade deve ser entendida como uma excepcionalidade. Desta forma, tendo em vista o prazo bienal previsto para um novo chamamento, proponho determinar que, caso seja constituída a sociedade unipessoal, permita-se a cessão de uso da Fips nesta condição por um prazo máximo de dois anos.

35. Em resumo, alinho-me à unidade técnica ao considerar que: i) a modelagem proposta por meio de Associação tem viabilidade jurídica e o modelo apresenta-se adequado para exploração do ativo; ii) a criação da Associação depende da participação voluntária de mais de um associado e da existência de pelo menos um associado investidor; e iii) proponho ajustes na eventualidade de que apenas uma operadora ferroviária seja habilitada no chamamento público, considerando possível prever que a constituição da cessionária por pessoa jurídica de direito privado admita a unipessoalidade, por um prazo máximo de dois anos, desde que mantidas as premissas, principalmente quanto: ao regime sem fins lucrativos e às boas práticas de transparência e governança.

36. Assim, com os devidos ajustes à proposta da unidade técnica, faz-se necessário determinar à Autoridade Portuária de Santos e ao Ministério da Infraestrutura que, na eventualidade de que apenas uma operadora ferroviária seja habilitada no chamamento público e, por consequência adote-se o modelo de sociedade unipessoal, seja inserida cláusula na minuta de contrato da entidade cessionária da Fips de forma que permita-se a cessão de uso da ferrovia por um prazo máximo de dois anos, mantidas as premissas da modelagem, principalmente quanto ao regime de não lucratividade e às boas práticas de transparência e governança.

V.2 - Garantia de aumento e manutenção de capacidade

37. A necessidade de ampliação da capacidade de transporte ferroviário no interior do Porto de Santos foi uma das premissas da modelagem. Portanto, de forma a garantir o aumento e a manutenção de capacidade de atendimento da Fips em curto e médio prazos, o modelo definiu três categorias de investimentos:

Investimentos Mínimos: investimentos de melhoria e de ampliação da capacidade instalada da Fips, detalhados no Plano de Investimentos Mínimos, a serem executados pela Associação nos cinco anos primeiros de vigência contratual;

Investimentos Adicionais: intervenções, obras, atividades e serviços não previstos entre os Investimentos Mínimos, mas que, constatado ISF superior a 80%, sejam indispensáveis para assegurar a adequada execução do objeto contratual;

Investimentos Complementares: investimentos na FIPS demandados pela Autoridade Portuária para o atendimento do interesse público ou decorrentes de iniciativa da Associação;

38. De acordo com o Ato Justificatório encaminhado pela SPA (peça 65), a expansão e melhorias dos acessos terrestres são imprescindíveis, considerando “cenário premente saturação da capacidade de atendimento da infraestrutura rodoferroviária do Porto de Santos (potencializado pelos investimentos já em curso da renovação da Malha Paulista e implantação da Ferrovia Norte-Sul)”.

39. Visando assegurar a capacidade instalada para atender integralmente a demanda atual e projetada, a SPA definiu os investimentos mínimos a serem realizados obrigatoriamente pela Associação nos primeiros cinco anos do contrato, conforme consta no Anexo – Plano de Investimentos Mínimos (peça 75) que apresenta os projetos de investimentos mínimos em nível conceitual.

40. Quanto ao nível conceitual, a unidade técnica destaca que o modelo apresenta um menor nível de detalhamento que os de uma prorrogação de concessão e menciona os esclarecimentos do MInfra. Em resumo: a) a premissa da modelagem é a asseguarção da adequada capacidade instalada com a movimentação de carga atual e projetada; b) o projeto executivo será elaborado pela Associação, que terá liberdade quanto à solução de engenharia a ser empregada e submeterá o projeto a aprovação do Cedente; c) se o detalhamento dos investimentos mínimos fosse em nível de projeto executivo, comprometeria o cronograma para publicar o edital de chamamento público.

41. Desta forma, a SeinfraPortoFerrovia relata que “a necessidade urgente de capacidade, aliada à configuração do projeto, com investimento e operação privados, compartilhamento de custos e não-lucratividade são as principais justificativas para o menor detalhamento dos projetos”.

42. Observo que a relação prevista no Plano de Investimentos Mínimos sofreu alterações após as contribuições recebidas durante a Consulta Pública, reduzindo a estimativa de investimentos em mais de 50%, uma vez que o valor estimado foi ajustado de R\$ 1,83 bilhão para R\$ 920 milhões. E, posteriormente, após envio das memórias de cálculo das estimativas ao TCU, o valor foi reduzido para R\$ 891 milhões.

43. Ainda que as estimativas de Investimentos Mínimos tenham sido reduzidas, a SPA justificou que cada obra prevista resultará no aumento da eficiência operacional da Fips e que “os demais investimentos não ferroviários (obras rodoviárias e as passarelas) que permaneceram no projeto da Fips foram mantidos porque sua eventual inclusão, em outros projetos correntes no Porto de Santos, impactaria sua viabilidade econômico-financeira, além da impossibilidade de execução direta pela SPA.”

44. Tendo em vista os esclarecimentos, a SeinfraPortoFerrovia “não encontrou óbices à inclusão de qualquer das obras individualmente, de maneira que deve ser respeitada a discricionariedade dos gestores para a definição de quais investimentos serão incluídos na Fips ou em outros projetos, não se perdendo de vista que a modelagem proposta favorece a celeridade na realização dos investimentos.”

45. Quanto aos Investimentos Adicionais, a relevante contribuição do TCU ocorreu no processo de Levantamento, quando alertou que a Fips poderia se tornar um gargalo caso os investimentos adicionais fossem realizados somente quando constatada a saturação do nível de capacidade de transporte. Constatou, também, que não havia na documentação o método de identificação da capacidade instalada da ferrovia.

46. Diante dos apontamentos realizados pelo Tribunal, o MInfra informou (peça 4) que a SPA alinhou-se aos apontamentos e revisou a minuta do Contrato de Cessão para prever duas situações: a) que o Índice de Saturação da FIPS (ISF), no período verificado, nunca seja superior à 90%

(compatibilizado com o estabelecido para o Contrato de Concessão da MRS); e b) que caso o ISF esteja igual ou superior a 80%, a Cessionária deverá apresentar proposta de Investimento Adicional, a ser desenvolvida em prazo hábil que não implique em saturação superior à 90%, para readequar a capacidade instalada da FIPS.

47. O Ministério da Infraestrutura também deixou claro que o desatendimento de ambas as situações poderá resultar na rescisão contratual, sem prejuízo da aplicação das penalidades contratuais cabíveis.

48. Assim, acompanho o entendimento da unidade técnica de que não há óbice à relação dos Investimentos Mínimos definidos, de forma a respeitar a discricionariedade do gestor, e que os ajustes nos mecanismos contratuais foram “capazes de conferir maior previsibilidade, transparência e segurança para que a Fips não venha a se tornar um gargalo para as operações portuárias”.

V.3 - Regras de rateio de investimentos, custos e despesas

49. As regras de rateio são de grande relevância para a realização dos investimentos de aumento e manutenção da capacidade da Fips, sendo diferentes para os três tipos de usuários (operadores ferroviários que usam a Fips) previstos na associação: Associados Investidores; Associados Não Investidores; e Operadores Ferroviários não Associados.

50. De acordo com as regras apresentadas na minuta de contrato de cessão (peça 74), o rateio dos investimentos entre os Associados Investidores será inicialmente proporcional ao volume médio de movimentação de cargas nos dois anos anteriores à data de celebração do Contrato e à projeção para os próximos cinco anos, enquanto para os demais associados o rateio será proporcional aos volumes efetivamente movimentados. A cláusula décima quarta da minuta de contrato especifica:

Parágrafo Primeiro. O rateio dos investimentos entre os Associados Investidores **será inicialmente proporcional ao volume médio de movimentação de cargas nos 2 (dois) anos anteriores à data de celebração deste Contrato e à projeção para os próximos 5 (cinco) anos.**

Parágrafo Segundo. **Quando se tratar de Associado Não Investidor e Operadores Ferroviários não Associados, o rateio contemplará, proporcionalmente aos volumes efetivamente movimentados, valores referentes às despesas, inclusive de capital, necessárias à depreciação dos Investimentos Mínimos, Adicionais e Complementares,** entre outros custos estabelecidos no Anexo II - Regras de Rateio de Investimentos, Custos e Despesas.

Parágrafo Terceiro

Os Associados Investidores poderão abater do valor das despesas oriundas da movimentação de suas cargas e na proporção dos investimentos por eles efetivados, os valores pagos pelos Associados Não Investidores e Operadores Ferroviários não Associados nos termos do Parágrafo anterior.

51. Durante a Consulta Pública houve questionamentos quanto ao rateio dos investimentos, seja em relação aos anos da movimentação histórica/projetada para o associado investidor, como em relação ao critério de movimentação efetivamente movimentada pelos demais investidores.

52. Uma das alterações em decorrência do Consulta Pública refere-se ao rateio dos investimentos entre investidores, a regra utilizada tinha um peso maior na movimentação histórica, pois considerava os cinco anos anteriores ao contrato e a projeção para os próximos dois anos. Depois, houve uma inversão dos prazos, ou seja, passou considerar mais o futuro, considerando para cálculo do rateio os dois anos de movimentação anteriores ao contrato e a projeção para os próximos cinco anos.

53. Quanto ao rateio dos custos e despesas, a SeinfraPortoFerrovia identificou uma impropriedade que imediatamente foi acatada e corrigida pela SPA. Conforme explicado a seguir:

Para rateio dos custos e despesas, há distinção dos cálculos para investidores e não investidores. Os custos de operação, manutenção, variação de capital de giro, impostos e remuneração da

Autoridade Portuária serão rateados entre todos, proporcionalmente à movimentação. No entanto, quando se tratar de Associado Não Investidor ou de Operador Ferroviário não Associado, será devida, além do rateio de custos, uma parcela de recomposição do capital investido pelos Associados Investidores.

A auditoria identificou uma impropriedade que descontava da parcela a ser paga pelos investidores a totalidade dos pagamentos dos não-investidores, o que geraria um fluxo de caixa negativo para a associação. Foi apontado que o correto seria descontar apenas a parcela compensatória, ou seja, o montante pago pelos não investidores a título de depreciação e custo de capital, que representa o excedente de capital gerado por eles. Considerando a pertinência do apontado pela equipe de auditoria, a SPA promoveu imediatamente as correções necessárias.

54. Desta forma, acolho a conclusão da unidade técnica no sentido que, em relação ao rateio de investimento, a escolha da SPA é legítima por atender aos ganhos de produtividade e que existe a possibilidade de alteração futura dos critérios de rateio pelos associados, mediante anuência prévia da SPA. Em relação ao rateio de custos, também considerou que “as regras estão adequadas e proporcionais ao uso de cada operador e não representam barreira de entrada a novos investidores, alinhando-se com as diretrizes do projeto”.

V.4 - Aspectos essenciais da governança corporativa da associação

55. Quanto à governança há dois pontos sensíveis que foram analisados pela equipe de auditoria: a) a estrutura da Associação e os mecanismos contratuais de “freios e contrapesos” de modo a mitigar possível concentração de poder decisório com o operador ferroviário responsável pelo maior volume de movimentação de cargas na Fips; b) a responsabilidade das Agências e da SPA em fiscalizar a Fips.

56. A SPA baseou-se nas normas e práticas de mercado relacionadas à governança (peça 82) para que sejam observados os princípios de transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade associativa e definiu as diretrizes mínimas de estrutura jurídica e de governança para constituição da Associação da seguinte forma:

- a) **Assembleia Geral de Associados.** Instância máxima decisória. Cada associado tem direito a um voto, independentemente de ser associado investidor ou não investidor. Dentre as competências, a Assembleia aprova alterações estatutárias e define quóruns qualificados de deliberação;
- b) **Conselho de Administração.** Órgão superior de deliberação colegiada, que dá o direcionamento estratégico à Diretoria executiva e zela pelo cumprimento das finalidades associativas. Mínimo de 5 membros. Dentre suas competências, destacam-se a escolha e a eleição dos membros da Diretoria Executiva, a aprovação dos Investimentos Adicionais e Complementares e a aprovação da alteração do critério de rateio de custos, investimentos e despesas;
- c) **Diretoria Executiva.** Planeja, organiza, dirige e controla os recursos da Associação. Mínimo 3 e máximo 5 membros, com dedicação exclusiva, eleitos pelo Conselho de Administração por maioria simples. Os membros devem manter independência em relação aos associados;
- d) **Conselho fiscal.** Fiscalização da gestão da Associação. Mínimo de 3 membros. Os conselheiros fiscais poderão agir em conjunto ou individualmente, apesar de o órgão ser colegiado; e
- e) **Auditoria independente.** O Conselho de Administração deve selecionar, contratar, aprovar os respectivos honorários, ratificar planos de trabalho e avaliar o desempenho da auditoria independente e atuar a partir dos resultados apresentados. As diretrizes de atuação da auditoria independente constam das diretrizes de boa governança.

57. A SeinfraPortoFerrovia apresentou os cenários de composição do Conselho de Administração com base nas regras originais enviadas ao Tribunal e na modelagem retificada (peça 122, p. 36) sendo possível verificar a redução da concentração de poder decisório do operador

ferroviário responsável pelo maior volume de movimentação de cargas na Fips, sem quem ele deixe de ter maioria simples no Conselho.

58. Outro ponto destacado que também contribuiu para a redução da concentração de poder decisório foi a previsão de indicação de conselheiros independentes quando há Associado Investidor responsável pelo aporte superior a 50%.

59. A SPA promoveu alterações nas minutas dos chamamentos públicos (constitutivo e periódicos) e do contrato de cessão após os questionamentos da unidade técnica, das contribuições recebidas no Painel de referência e em reuniões realizadas junto aos operadores ferroviários, entre as alterações a SeinfraPortoFerrovia elencou:

Ademais, incluiu-se (i) que associados/interessados serão operadores ferroviários habilitados perante a ANTT, que sejam usuários da Fips, ou, alternativamente, pessoa jurídica detentora do controle, direto ou indireto, de 2 (dois) ou mais operadores ferroviários habilitados perante a ANTT, que sejam usuários da Fips e pertençam a um mesmo Grupo Econômico e (ii) que a garantia de execução e a penalidade de multa terão como base de cálculo a receita bruta realizada, com exceção do primeiro ano de vigência contratual, em que será adotado o orçamento anual projetado.

60. Assim, quanto à estrutura de governança da Associação verifica-se que Autoridade Portuária realizou mudanças relevantes na modelagem da Fips, como a vedação à participação individual e simultânea de dois ou mais associados que pertençam ao mesmo Grupo Econômico.

61. Em relação ao segundo ponto sensível relacionado à governança, o Tribunal apontou a falta de fiscalização e acompanhamento pelas Agências reguladoras e pela SPA dos investimentos realizados na Fips, conforme Acórdão 893/2021-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, ainda evidenciou as deficiências de regulação e fiscalização da Fips decorrente de vazio de atuação das agências reguladoras ANTT e Antaq, conforme Acórdão 2.276/2021-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo.

62. Quanto à fragilidade na fiscalização da Fips, observa-se que a Lei 14.273/2021 incluiu o art. 56-A na Lei 12.815/2013 estabelecendo que as infraestruturas ferroviárias no interior do perímetro dos portos e instalações portuárias, como a Fips, observarão as normas nacionais para a segurança do trânsito e do transporte ferroviários, e que caberá ao regulador ferroviário federal fiscalizar sua aplicação. Logo, a referida alteração na Lei trouxe clareza quanto ao papel da ANTT em fiscalizar a Fips.

63. Em relação à SPA, a minuta de contrato especifica diversas formas de atuação como Cedente que minimizam o risco de falta de acompanhamento da Fips em relação aos investimentos, controvérsias e execução do contrato de cessão.

64. Verificou-se, ainda, que a minuta do Termo Aditivo ao Convênio de Cooperação entre Antaq e ANTT (peça 58) com o plano de trabalho apresenta avanços relacionados as obrigações de cada agência em relação às ferrovias localizadas em Portos Organizados. Entretanto, observou que o convênio foi celebrado em 2015 e que dependia da elaboração conjunta de Planos de Trabalho específicos que ainda estão sendo finalizados, o que prejudicou a condução de processos administrativos sancionadores.

65. Considerando os esclarecimentos para minimizar as falhas na regulação e fiscalização da Fips, a unidade Técnica concluiu que a atuação do controle externo contribuiu para os aprimoramentos apresentados e que poderá realizar trabalhos futuros para monitorar a concretização dessa expectativa.

66. Em que pese os avanços para elaboração da minuta do convênio de cooperação técnica entre Antt e Antaq, e a possibilidade de futuros acompanhamentos desta Corte, considero fundamental a oficialização do Termo aditivo ao Convênio de Cooperação que defina as responsabilidades para a

fiscalização da Fips, considerando, principalmente, os investimentos mínimos previstos, e que permita a condução de possíveis processos administrativos sancionadores.

67. Desta forma, faço incluir determinação à SPA para que, previamente ao chamamento público referente à Cessão da Fips, dê ampla publicidade ao Termo Aditivo ao Convênio de Cooperação Técnica e Delegação de Competências entre Antt e Antaq com o seu respectivo Plano de Trabalho.

68. Diante do modelo baseado na governança corporativa e das competências da SPA, Antt e Antaq em fiscalizar a Fips, recomendo, ainda, que o acompanhamento e a fiscalização da gestão da Associação assegurem as premissas da modelagem relacionadas à transparência, ao amplo acesso à infraestrutura e à mitigação de concentração de poder decisório.

V. 5 - Integração da Fips com o trecho ferroviário denominado “Ferradura”

69. A auditoria operacional realizada pelo Tribunal para avaliar o compartilhamento de malhas ferroviárias identificou como boa prática a gestão da Ferradura e da Fips pela PortoFer. Entretanto, explanou que esta prática integrada de operação de trens na Baixada Santista, com a participação dos operadores ferroviários que acessam o Porto de Santos, não estava positivada por normativos regulatórios da ANTT nem pelos contratos de concessão das ferrovias da Rumo e da MRS.

70. Desta forma, a unidade técnica verificou como está prevista a governança da operação no cinturão ferroviário da Baixada Santista na modelagem contida no processo de renovação antecipada da MRS (TC 025.914/2021-9) e a governança planejada para a Fips. Comparando a documentação da renovação da MRS com a da Fips, confirmou que há previsão da integração total dos Centros de Controle Operacional (CCOs) das ferrovias que acessam o Porto de Santos (Rumo, MRS e VLi) e Fips de forma a controlar a gestão do tráfego ferroviário de acesso à Ferradura e à Fips.

71. Analisando as fases previstas nas duas modelagens para a implantação do CCO, acolho o entendimento da SeinfraPortoFerrovia no sentido de que não há óbice à governança compartilhada da Baixada Santista tendo em visto o “alinhamento entre os estudos que subsidiam a desestatização da Fips e aqueles que sustentam a prorrogação antecipada da MRS, titular da malha ferroviária conhecida como Ferradura, com idêntico faseamento para a unificação do Centro de Controle Operacional da Baixada Santista.”

V. 6 - Repartição de riscos do empreendimento

72. A unidade técnica considerou que a SPA apresentou estudos satisfatórios e amplos em relação à repartição de riscos entre Cedente e Cessionária com base na experiência prática do contrato de arrendamento DP 25/2000. Observou que alguns riscos foram mantidos/aprimorados e outros foram transferidos à Cessionária em decorrência da modelagem de cessão onerosa de uso por meio de Associação sem fins lucrativos.

73. Verificou, também, maior transparência em relação às informações da Associação que deverão ser enviadas à SPA ou disponibilizadas ao público geral, tais como Relatório mensal de Acompanhamento Operacional; Relatório anual de Performance; Relatório anual da Administração da Associação, Despesas operacionais e de capital incorridas pelos Associados; e Relatório anual de sustentabilidade das atividades desenvolvidas na Fips.

74. Assim, manifesto minha concordância com a unidade técnica de que não há óbice quanto à repartição de riscos definida para o empreendimento.

V.7 - Regularização ambiental da ampliação e operação da Fips

75. Visando analisar os possíveis riscos e impactos das licenças ambientais para manutenção e ampliação da Fips, verificou-se: a) a Fips já possui licença de operação, assim não se vislumbram riscos significativos para que a Associação Cessionária consiga obter a licença de operação, no âmbito

do processo de regularização ambiental em andamento junto ao Ibama; b) em relação ao licenciamento das obras, vislumbra-se baixo risco de sua negativa pela Ibama, dada a existência prévia de LO da Fips e a antropização verificada na área da ferrovia; c) o custo de cumprimento das condicionantes ambientais está integralmente alocado à Associação Cessionária.

76. Desta forma, concordo com a SeinfraPortoFerrovia no sentido que a modelagem ambiental presente nos estudos da desestatização da Fips endereçou os riscos relevantes.

V.8 – Benchmarking Internacional

77. Por fim, a análise da unidade técnica constatou que a modelagem proposta para Fips teve como modelo o cinturão ferroviário de Chicago, que dá acesso ao Porto de Chicago e a mais de 100 firmas ao redor do porto, operado pela *The Belt Railway Company of Chicago* (BRC), empresa privada lucrativa de propriedade de seis grandes ferrovias que acessam os portos da região de Chicago.

VI - Considerações finais

78. Diante da importância da Ferrovia Interna do Porto de Santos para o maior complexo portuário da América Latina, ressalto que o Tribunal realiza um acompanhamento mais próximo da Fips desde 2015. Assim, os trabalhos realizados, por meio de diferentes instrumentos de fiscalização (levantamento, auditoria de conformidade e operacional), identificaram falhas no modelo atual da Fips, que puderam ser avaliadas e tratadas pela SPA e pelo MInfra no processo de desestatização ora em análise.

79. Ressalto que as alterações já introduzidas nos estudos, a partir dos apontamentos da equipe de auditores, comportam benefícios efetivos, tais como ajuste na fórmula de rateio dos Associados Investidores, mitigação da possível concentração de poder decisório pelo operador ferroviário responsável pelo maior volume de carga na Fips e transparência quanto ao licenciamento ambiental. Há também benefícios, como a definição das regras para realização dos Investimentos Adicionais e definição de competências em fiscalizar a Fips pela SPA e Agências, que aparecem agora, porém são decorrentes de falhas verificadas nos trabalhos pretéritos realizados pelo Tribunal.

80. Cumprimento a equipe da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária do TCU que, com o conhecimento previamente adquirido, analisou com rapidez e contribuiu efetivamente para o aprimoramento da modelagem de cessão da Fips.

81. Registro o empenho da Autoridade Portuária de Santos (SPA) e do Ministério de Infraestrutura em aperfeiçoar o modelo apresentado frente às contribuições recebidas durante a Consulta Pública 1/2020 e aos questionamentos da equipe de auditoria.

82. Reforço o posicionamento da área técnica de que toda a auditoria e todas as análises realizadas respeitaram as escolhas lícitas da SPA, em plena observância aos limites da discricionariedade da Autoridade Portuária.

83. Em que pese o aprimoramento da definição de competências da SPA, Antt e Antaq para fiscalizar a Fips, ressalto que o Tribunal poderá realizar trabalhos futuros para avaliar o cumprimento das fiscalizações diante das obrigações da Associação.

84. Constato, assim, que a SPA e o MInfra realizaram os aprimoramentos na modelagem originalmente encaminhada ao TCU, de forma que me manifesto em consonância com o encaminhamento proposto pela SeinfraPortoFerrovia, no sentido que não há óbices ao modelo final apresentado para a desestatização da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips), atentando para as determinações e recomendações propostas no item “V.1 - Viabilidade jurídica da contratação” e no item “V.4 – Aspectos essenciais da governança corporativa da associação”.

85. Em virtude de todo o exposto, voto no sentido de que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

86. Por fim, acolho proposta efetuada pelo Ministro Jorge Oliveira, na fase de discussão, no sentido de alterar o comando do item 9.2 da minuta de acórdão de **determinar** para **recomendar**. Abaixo reproduzo o comando em sua redação original:

“9.2. determinar à Autoridade Portuária do Porto de Santos e ao Ministério da Infraestrutura que, na eventualidade de que apenas uma operadora ferroviária seja habilitada no chamamento público e, por consequência, adote-se o modelo de sociedade unipessoal, seja inserida cláusula na minuta de contrato da entidade cessionária da Fips de forma que permita-se a cessão de uso da ferrovia por um prazo máximo de dois anos, mantidas as premissas da modelagem, principalmente quanto ao regime de não lucratividade e às boas práticas de transparência e governança, aproveitando-se da modelagem contratual baseada na Associação, art. 53 da Lei 10.406/2002 (código civil), e na oportunidade de negócio disposta no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016;”

TCU, Sala das Sessões, em 6 de julho de 2022.

ANTONIO ANASTASIA
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Examinam-se, neste processo de Desestatização, os procedimentos preparatórios para a cessão de uso da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips), de titularidade da Santos Port Authority (SPA).

2. Início essa manifestação com sinceros cumprimentos ao trabalho realizado pelo Ministro Antônio Anastasia. A análise pormenorizada realizada por Sua Excelência em relação aos principais aspectos da modelagem técnica e jurídica da cessão oferece maior segurança a todos os agentes econômicos e governamentais envolvidos na operação desse trecho ferroviário de indiscutível relevância para a operação logística do País.

3. De pronto, manifesto minha concordância com a conclusão do Eminente Relator, fundamentada na robusta instrução da SeinfraPortoFerrovia, no sentido de que não foram encontrados óbices à utilização da modelagem para realização da cessão da Fips no modelo de Associação.

4. Destaco que, em 28/6/2022, quando o processo já havia sido pautado pelo Ministro Relator, o Ministério da Infraestrutura juntou Informações Adicionais à peça 130, registrando a intenção de incluir cláusula no Edital de Chamamento Público Constitutivo para possibilitar que, “caso apenas uma operadora ferroviária interessada seja admitida no chamamento público, ou em caso de unipessoalidade superveniente no quadro associativo da cessionária, a operadora admitida deverá constituir pessoa jurídica de direito privado cuja forma societária admita a unipessoalidade, observando no que couber, todas as demais diretrizes de governança aplicáveis”.

5. Conforme examinado pelo Ministro Anastasia, a intenção do Poder Cedente é assegurar maior segurança jurídica ao certame, mitigando risco de que apenas uma interessada ocorra ao chamamento, inviabilizando-se, assim, a modelagem originalmente desenhada.

6. Compartilho da preocupação de Sua Excelência quanto ao risco de perpetuação de monopólio da operação da ferrovia por uma única concessionária ferroviária – impropriedade constatada pelo Tribunal no contrato atualmente vigente de operação da Fips (Acórdão 893/2021-Plenário).

7. Não obstante, caso se confirme a hipótese de haver apenas uma operadora ferroviária interessada no chamamento público, penso que a determinação para que a cessão tenha prazo máximo de dois anos (item 9.2 da minuta de acórdão do Eminente Relator), a despeito de ter potencial para induzir a busca de novas soluções pelo Poder Cedente, pode representar sérios riscos aos objetivos pretendidos com o presente processo de Desestatização.

8. Destaco, em especial, a possível inviabilização das obras previstas no Edital, que incluem, além da ampliação da capacidade da Fips para atender ao Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Santos, outras obras de interesse público, tais como a construção de viaduto para mitigação de conflitos urbanos.

9. O Edital de Chamamento prevê a realização de obras com prazos de um a cinco anos, cuja execução poderia ser severamente comprometida, ou mesmo inviabilizada, caso o contrato original tenha vigência de apenas anos.

10. Embora seja válida a preocupação quanto ao risco de monopólio, observo que a Unidade Técnica considerou que a nova modelagem representará evolução regulatória mesmo na hipótese de haver apenas uma operadora ferroviária interessada. Nesse sentido, transcrevo parágrafo da instrução de peça 133:

31. Por fim, lembra-se que, caso o novo contrato de operação e gestão da Fips [seja] assinado com apenas um interveniente sem alteração das demais diretrizes e premissas, como apontado na peça 130, este será **substancialmente melhorado em relação ao atual contrato, firmado com a Portofer, haja vista a existência dos mecanismos de governança e transparência planejados para a futura cessionária da Fips, além de permitir que os investimentos urgentes e necessários para expansão da capacidade de Ferrovia sejam realizados no horizonte de até cinco anos.** (destaque acrescido)

11. Para finalizar, suscito uma preocupação que, tenho certeza, é comungada pelo Eminentíssimo Ministro Relator e por este Plenário, no sentido de que o Tribunal se abstenha de invadir indevidamente o juízo de discricionariedade do administrador público. A esse propósito, lembro que a Resolução-TCU 315/2020, que dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelos jurisdicionados, dita, em seu art. 4º que as determinações “(...) devem ser formuladas para: I – interromper irregularidade em curso ou remover seus efeitos; ou II - inibir a ocorrência de irregularidade iminente”.

12. A mesma Resolução prevê, no art. 5º, que as determinações “(...) devem indicar a ação ou a abstenção necessárias e suficientes para alcance da finalidade do controle, sem adentrar em nível de detalhamento que restrinja a discricionariedade do gestor quanto à escolha dos meios para correção da situação irregular, salvo se o caso exigir providência específica para o exato cumprimento da lei.”

13. Lembro que essas novas regras foram positivadas com o intuito de adequar a atuação do TCU às disposições contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, como expressamente declara a justificativa da Resolução-TCU 315/2020.

14. A recente Lei 13.655/2018 incluiu na LINDB regras gerais com o objetivo fundamental de aperfeiçoar as decisões adotadas pelo Poder Público, incluídos os órgãos de controle, em relação aos cidadãos e aos gestores públicos, de modo a lhes conferir maiores segurança jurídica, eficiência e racionalidade na aplicação do Direito Público. Esse foi o espírito que norteou a edição da citada Resolução. Referido diploma legal conferiu a seguinte redação aos arts. 20 e 22 da Lei de Introdução:

*“Art. 20. Nas esferas administrativa, **controladora** e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.***

*Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas.***

(...)

*Art. 22. **Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*** (destaques acrescidos)

15. Nota-se, pelos dispositivos acima transcritos, em especial pelos trechos neles destacados, que as circunstâncias com as quais se defronta o gestor em seu cotidiano e as possíveis consequências práticas devem sempre ser consideradas pelo órgão de controle externo ao expedir qualquer comando ou orientação às unidades a ele jurisdicionadas.

16. No caso concreto, considero que a limitação da vigência da cessão – originalmente modelada em 35 anos pelo Poder Cedente – para apenas 2 anos, sem que os órgãos e entidades

envolvidos na modelagem tenho tido oportunidade de participar da construção da solução, poderia incluir maiores riscos do que teríamos condições de identificar neste momento.

17. Assim, com as sinceras vênias por divergir, apenas nesse particular, em relação à proposta do Ministro Relator, sugiro a Sua Excelência que converta a determinação do item 9.2 da minuta de acórdão em recomendações, nos termos propostos pela SeinfraPortoFerrovia na instrução complementar de peça 133.

TCU, Sala das Sessões, em 06 de julho de 2022.

JORGE OLIVEIRA
Relator

ACÓRDÃO Nº 1579/2022 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 000.731/2022-6.
2. Grupo I – Classe de Assunto: V - Desestatização
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgãos/Entidades: *Santos Port Authority* (SPA); Ministério da Infraestrutura (MInfra).
5. Relator: Ministro Antonio Anastasia.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de processo de desestatização da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips), na modalidade de cessão onerosa de uso de bem público, promovida pela Autoridade Portuária do Porto de Santos (*Santos Port Authority* – SPA).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno e com os arts. 4º, inciso II e 11 da Resolução-TCU 315/2020, em:

9.1. informar à Autoridade Portuária do Porto de Santos e ao Ministério da Infraestrutura que não foram encontrados óbices à utilização da modelagem submetida ao TCU para análise, nos termos da IN-TCU 81/2018, visando a realização da desestatização da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips) no modelo de Associação, desde que atendidos e dando ciência a este Tribunal acerca das medidas adotadas em relação aos itens 9.2 e 9.3 com antecedência mínima de quinze dias da data assinatura do contrato de cessão;

9.2. recomendar à Autoridade Portuária do Porto de Santos e ao Ministério da Infraestrutura que, na eventualidade de que apenas uma operadora ferroviária seja habilitada no chamamento público e, por consequência, adote-se o modelo de sociedade unipessoal, seja inserida cláusula na minuta de contrato da entidade cessionária da Fips de forma que permita-se a cessão de uso da ferrovia por um prazo máximo de dois anos, mantidas as premissas da modelagem, principalmente quanto ao regime de não lucratividade e às boas práticas de transparência e governança, aproveitando-se da modelagem contratual baseada na Associação, art. 53 da Lei 10.406/2002 (código civil), e na oportunidade de negócio disposta no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016;

9.3. determinar à Autoridade Portuária do Porto de Santos, à Agência Nacional de Transportes Terrestres e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que, previamente à publicação do Edital de Chamamento referente à Cessão da Fips, deem ampla publicidade ao Termo Aditivo do Convênio de Cooperação Técnica e Delegação de Competências entre Antt e Antaq, com o seu respectivo Plano de Trabalho e definição de responsabilidades para a fiscalização da Fips, de forma que preveja a condução de possíveis processos administrativos sancionadores, com fundamento no inciso I, do parágrafo único, do art. 24 e no inciso I, do § 1º, do art. 27, todos da Lei 10.233/2001, e Parágrafo único do art. 56-A da Lei 12.815/2013;

9.4. recomendar à Autoridade Portuária do Porto de Santos, à Agência Nacional de Transportes Terrestres e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que, no acompanhamento e na fiscalização da gestão da Associação, assegurem as premissas do modelo em atenção à transparência, ao amplo acesso à infraestrutura e à mitigação de concentração de poder decisório;

9.5. autorizar o ingresso da Agência Nacional de Transportes Aquaviários nos autos como parte interessada;

9.6. encaminhar cópia do presente Acórdão ao Ministério da Infraestrutura, à Autoridade Portuária do Porto de Santos, à Agência Nacional de Transportes Terrestres e à Agência Nacional de

Transportes Aquaviários destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e

9.7. restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia para monitoramento do presente Acórdão.

10. Ata nº 26/2022 – Plenário.

11. Data da Sessão: 6/7/2022 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1579-26/22-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Benjamin Zymler, Bruno Dantas, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira e Antonio Anastasia (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

ANTONIO ANASTASIA

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral