

O CONCEITO DE VANTAJOSIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA NO SETOR FERROVIÁRIO

THE CONCEPT OF ADVANTAGEOUS FROM THE EARLY EXTENSION IN THE RAILWAY SECTOR

Vanessa Schinzel Pereira¹

Resumo: Este artigo estuda o instituto da prorrogação antecipada, previsto pela Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, especificamente quanto ao setor de transporte ferroviário. De acordo com a referida legislação, somente será autorizada a extensão do prazo contratual se fundamentada, por meio de estudo técnico, a vantagem da prorrogação frente à realização de nova licitação. No entanto, a forma que será aferida tal vantajosidade não se encontra definida na legislação, tornando imprescindível a sua delimitação. Dessa forma, o objetivo do presente estudo é identificar os critérios obrigatórios para aferição da vantajosidade, a fim de construir o seu conceito. Para tanto, parte-se do levantamento do contexto histórico referente ao contrato de concessão ferroviária no Brasil e da legislação específica sobre o tema, seguido pelo estudo de caso da prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista perante o Tribunal de Contas da União para, ao final, fixar os critérios básicos de aferição da vantajosidade. Feito esse levantamento, chegou-se à conclusão de que a vantagem só é existente se presentes os seguintes critérios: interesse público; urgência e relevância; e, reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro.

Palavras-chave: Concessões; Setor Ferroviário; Prorrogação Antecipada; Vantajosidade.

Abstract: This article studies the institute of early extension, provided in Brazilian Law nº 13.448/2017, specifically regarding the railway transport sector. According to the aforementioned legislation, the extension of the contractual term will only be authorized if it is justified, by technical study, demonstrating the advantage of the extension in relation to a new bid. However, the form that will be measured the advantageous is not defined in the legislation, making it essential to delimit it. This way, this study objective is to identify the mandatory elements for measuring the advantage, in order to build its concept. To do so, it starts from the historical context survey related to the railway concessions contracts in Brazil and the specific legislation about the subject, followed by the case study of early extension from Rumo Malha Paulista analysis by Brazilian Federal Audit Court. After this survey, it was concluded that the advantage only exists if the following elements are present: public interest; urgency; relevance; and historical problems repairment in the Brazilian railway sector.

Keywords: Concessions; Railway Sector; Early Extension; Advantageous.

Sumário: Introdução; 1 Os contratos de concessão ferroviária no Brasil; 2 O instituto da prorrogação antecipada; 3 A vantajosidade da prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista; 4 Os critérios obrigatórios para aferição da vantajosidade da prorrogação antecipada; 4.1

¹ Advogada atuante na área de Direito Público, com ênfase no setor de Infraestrutura de Transportes. Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Membro da Comissão de Direito Administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal.

Interesse Público; 4.2 Urgência e Relevância; 4.3 Reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em 24 de novembro de 2016, foi editada pela Presidência da República a Medida Provisória nº 752, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, que estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, objetivando a realização imediata de novos investimentos para a retomada do crescimento econômico no País.

Para tanto, a referida lei criou o instituto da prorrogação antecipada, exigindo, além da qualificação prévia e específica do empreendimento para esse fim no Programa de Parcerias e Investimentos, que o órgão ou a entidade competente realize estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria frente à realização de nova licitação.

Essa vantajosidade, no entanto, não se encontra definida na legislação, tornando imprescindível o estudo mais aprofundado do tema. Faz-se imperioso, então, desvendar os diversos posicionamentos sobre os contornos de sua aplicação prática pelos gestores públicos, com o escopo de elaborar proposta de fixação de critérios que possam ser úteis a presidir a atividade administrativa de escolha da melhor opção regulatória.

Tem-se, assim, como objetivo do presente estudo, a identificação dos critérios obrigatórios de aferição da referida vantajosidade, utilizando como referência o estudo do caso da prorrogação da Rumo Malha Paulista, que foi o primeiro a ser analisado e aprovado pelo Tribunal de Contas da União no setor ferroviário. Dele almeja-se colher uma matriz que sirva de referência teórica para a complexa tarefa do gestor público.

Nesse sentido, pretende-se apresentar, no primeiro capítulo, como premissa, o contexto histórico dos contratos de concessão ferroviária, desde a concepção das ferrovias no Brasil até a desestatização de seus trechos na década de 90, destacando-se os principais desafios enfrentados ao longo dos anos e a necessidade de projeção de novos investimentos para a retomada do setor no cenário econômico atual.

Mais adiante, no segundo capítulo, serão apresentados o regime jurídico e os fundamentos legais que regem o instituto da prorrogação antecipada, incluindo a análise das cláusulas contratuais que versam sobre o tema e os requisitos previstos na Lei nº 13.488/2017. No terceiro capítulo, dando continuidade ao estudo do instituto, adentraremos o conceito de vantajosidade apresentado no caso da Rumo Malha Paulista, analisando os estudos técnicos

elaborados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e as decisões do Tribunal de Contas da União, incluindo as divergências ocorridas no âmbito da Corte.

Por fim, a partir da análise realizada no capítulo anterior, a última parte do trabalho dedicar-se-á à identificação dos critérios obrigatórios de aferição da vantajosidade, a fim de estabelecer um parâmetro a ser observado pelo Poder Público em outros casos de prorrogação antecipada, mantendo-se, assim, a essência do instituto e um efetivo benefício a todos os envolvidos.

1. OS CONTRATOS DE CONCESSÃO FERROVIÁRIA NO BRASIL

Influenciado pelo crescimento ferroviário na Inglaterra e nos Estados Unidos, o governo brasileiro iniciou a implantação das ferrovias no ano de 1835, com a edição do Decreto nº 101. Denominado de Lei Feijó, o decreto estabeleceu o primeiro marco legal das ferrovias no Brasil, autorizando o governo a conceder o direito de construir uma estrada de ferro ligando a capital do Império às províncias de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, p .5).

No entanto, devido à falta de incentivos da Lei Feijó, os projetos apresentados não foram adiante à época, o que levou à edição do Decreto nº 641, de 26 de junho de 1852. O referido decreto, além de autorizar a concessão pelo prazo de noventa anos, garantia o retorno de juros de 5% ao ano sobre o custo estimado da obra e isenções de impostos de importação, incentivando os investidores privados a construírem ferrovias no país.

À vista disso, no mesmo ano, Irineu Evangelista de Souza - posteriormente consagrado como Barão de Mauá - recebeu a concessão do governo imperial e iniciou a construção da Estrada de Ferro Mauá, inaugurando a “Era Ferroviária” no Brasil. A partir da construção desta ferrovia e da ampliação dos incentivos pelo governo, que aumentou a garantia para o patamar de 7% de juros, as estradas de ferro privadas se multiplicaram ao longo dos anos².

Porém, devido a diversos eventos históricos que afetaram a economia do país, como a Primeira Guerra Mundial e a quebra da bolsa de Nova York, diversas empresas ferroviárias entraram em colapso financeiro (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, p. 19). Assim, no final da década de 30, o Governo Vargas iniciou um processo de saneamento e reorganização das estradas de ferro, encampando as ferrovias privadas que estavam com dificuldades financeiras, incorporando-as progressivamente ao patrimônio da União (DNIT, 2019).

² Entre 1854 e 1940 foram construídos 34.252 km de ferrovias no Brasil. (DURÇO, 2015, p. 8)

Esse período de encampação também foi marcado pelo início do rodoviário, com o redirecionamento dos recursos públicos para a construção de rodovias no país. Dessa forma, apesar da transferência das ferrovias à União, em razão da expansão da malha rodoviária e da crescente concorrência entre os modais, o setor ferroviário continuou em declínio, respondendo por cerca de 90% do déficit público brasileiro em 1957 (CASTRO, 2000, p. 129).

Fundado nesse contexto que, ainda em 1957, com o objetivo de (i) unificar as ferrovias administradas pela União, (ii) reduzir os custos operacionais, (iii) criar integração e economia de escala que permitisse recuperar o setor e (iv) aumentar competitividade das ferrovias em relação às rodovias (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, p. 23), foi criada a Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA). Constituída pela Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957³, a RFFSA incorporou 18 estradas de ferro pertencentes à União e por ela administradas (DNIT, 2019), totalizando 38.967 km de linhas ferroviárias (DURÇO, 2015, p. 11).

Seguindo o mesmo processo, no ano de 1971 o Estado de São Paulo criou a Ferrovia Paulista S.A. (Fepasa), unificando cinco ferrovias na expectativa de iniciar um novo crescimento no setor ferroviário estadual. José Roberto Walker explica que na época de sua criação previa-se que haveria uma sobrevida no setor, no entanto, na mesma década, a Fepasa já se encontrava em crise financeira, agravando sua situação nos anos seguintes devido à decadência do setor ferroviário (WALKER; GURGEL; LACERDA, 2005, p. 27 apud DURÇO, 2015, p. 11).

Observa-se, portanto, que apesar da tentativa do governo de assumir o controle das empresas ferroviárias, tanto no plano federal quanto no estadual, a ausência de investimentos públicos no setor fez com que a RFFSA e a Fepasa passassem por problemas financeiros que incapacitaram suas operações e a manutenção da malha ferroviária existente, provocando as primeiras discussões a respeito da desestatização das ferrovias.

Assim, com o objetivo de reduzir a presença estatal na economia e controlar a dívida pública (BICALHO, 2019, p. 136), em 12 de abril de 1990, por intermédio da Lei nº 8.031, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização (PND), tendo a inclusão da RFFSA e suas subsidiárias em seu programa nos anos seguintes⁴. Segundo Ricardo de Oliveira, era o começo da virada para que o instrumento de concessão retomasse o protagonismo que perdera, ao menos 30 anos antes, no setor ferroviário (OLIVEIRA, 2005, p. 27).

³ De acordo com a Lei nº 3.115, de 1957, as estradas de ferro de propriedade da União e por ela administradas deveriam ser incorporadas à RFFSA, o mesmo acontecendo com aquelas que viessem a ser transferidas ao domínio da União, ou cujos contratos de arrendamento fossem encampados ou rescindidos.

⁴ A RFFSA e suas subsidiárias foram incluídas no Programa Nacional de Desestatização por meio do Decreto nº 473, de 10 de março de 1992.

O modelo de desestatização da RFFSA, formulado por uma consultoria especializada contratada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), dividiu sua malha ferroviária em seis trechos, quais sejam: Oeste, Centro-Leste, Sudeste, Tereza Cristina, Sul e Nordeste, cada uma consistindo em uma concessão separada, com prazo de 30 anos, que poderia ser renovada uma única vez (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, p. 37). Os trechos mencionados foram repassados ao setor privado a partir de 1996, por meio de leilão.

Seguindo o mesmo modelo, as malhas da Fepasa formaram a sétima concessão, em razão de sua incorporação à RFFSA por meio do Decreto nº 2.502, de 18 de fevereiro de 1998. Leiloada no mesmo ano, o seu contrato apresentava a possibilidade de prorrogação pelo mesmo prazo de duração da concessão.

Além das sete concessões relacionadas à desestatização da RFFSA e da Fepasa, a União concedeu outros trechos ferroviários na década de 90. Com a inclusão da Companhia do Vale do Rio Doce no PND em 1995 e a sua privatização em 1997, as ferrovias “Estrada de Ferro Carajás” e “Estrada de Ferro Vitória Minas”, que estavam sob sua operação, também foram transferidas para os investidores pelo prazo de 30 anos, prorrogável por igual período.

O mesmo ocorreu com a “Estrada de Ferro Paraná Oeste”. Outorgada inicialmente à sociedade de economia mista denominada FERROESTE - Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A. no ano de 1988, o qual possuía como seu principal acionista o Governo do Paraná, a malha ferroviária foi subconcedida à empresa privada FERROPAR - Ferrovia Paraná S.A. após a privatização da empresa em 1997, constando em seu contrato a concessão e prorrogação pelo prazo de 30 anos.

Distinguindo-se das demais, que já estavam em operação, a “Ferrovia Norte Brasil” foi concedida desde a sua concepção diretamente à empresa FERRONORTE S.A. - atualmente Rumo Logística S.A - em 1989, resultado da licitação promovida pelo então Ministério dos Transportes para a construção e exploração da ferrovia. O contrato possui o prazo de 90 anos, prorrogável pelo mesmo intervalo de tempo, sendo a única concessão atualmente que ainda possui o prazo de duração igual ao previsto no modelo do Decreto nº 641/1852.

Nota-se que, apesar do cenário negativo apresentado durante anos no setor ferroviário, a desestatização das malhas impactou positivamente os cofres públicos. Segundo a Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários (2019, p. 12), a partir da prestação do serviço de transporte ferroviário pela iniciativa privada, somente nos anos de 1996 a 2010, a União passou a arrecadar R\$ 4,94 bilhões no pagamento das parcelas de concessão e arrendamento, sem contar a arrecadação de impostos no valor de R\$ 13,52 bilhões.

No entanto, nos anos seguintes, a execução de investimentos diretamente pelo orçamento fiscal desacelerou (OLIVEIRA, 2018, p. 285). Assim, buscando restabelecer o planejamento integrado dos transportes, de forma a implantar uma rede de infraestrutura moderna e eficiente, capaz de prover maior competitividade ao país, bem como fomentar o desenvolvimento econômico e social (ANTT, 2019c), em 2012 o Governo Federal lançou o Programa de Investimento em Logística (PIL).

O programa, entretanto, não foi adiante, tendo em vista que os estudos e projetos para as novas linhas ainda não estavam maduros para serem colocados em licitação no modelo⁵ proposto pelo programa (OLIVEIRA, 2018, p. 286). À vista disso, em 2015 o Governo Federal anunciou a segunda etapa do PIL, passando a constar como prioridade a concessão de novas ferrovias e novos investimentos em concessões já existentes, totalizando R\$ 86,4 bilhões de investimentos projetados (ANTT, 2019b).

A nova etapa do programa, com a previsão de inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, resultou na edição da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

A referida lei busca reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, prevendo a possibilidade de prorrogação antecipada dos contratos de concessão dos modais rodoviário e ferroviário, a fim de viabilizar a realização imediata dos novos investimentos (PR, 2019). Esse instituto, inclusive, tem sido objeto de diversas discussões no âmbito jurídico, tanto em relação à sua constitucionalidade⁶ quanto à sua vantajosidade frente a uma nova licitação, este último objeto do presente estudo.

2. O INSTITUTO DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

⁵ O modelo proposto à época seguia a seguinte estrutura: (i) a concessionária deteria o direito de exploração da infraestrutura ferroviária; (ii) a Valec compraria a totalidade da capacidade da ferrovia remunerando a concessionária por uma tarifa; (iii) a Valec subcederia, a título oneroso, o direito de uso de capacidade de tráfego a operadores ferroviários; e, por fim, (iv) a concessionária prestaria serviço de operação diretamente aos operadores, remunerando-a por meio de outra tarifa (Tarifa de Fruição), na medida de utilização da ferrovia. (MINFRA, 2019).

⁶ Em 2017 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pela Frente Nacional de Profissionais Liberais, Trabalhadores Operadores Usuários e Associações em Defesa das Ferrovias (FERROFRENTE), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.684 em face da Medida Provisória nº 752/2016, não tendo sido conhecida por ilegitimidade ativa. Em seguida, no ano de 2018, a Procuradora-Geral da República propôs nova ação (ADI nº 5991), questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 13.448/2017, tendo sido, ao final, julgada improcedente a ação (STF, 2021).

O fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público reside no artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual estabelece, no *caput*, que a concessão será sempre precedida de licitação e, em seu parágrafo único, inciso I, que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação (GUIMARÃES, 2018, p. 27).

Nesse viés, buscando regulamentar o artigo constitucional mencionado, foi editada, em 13 de fevereiro de 1995, a Lei nº 8.987, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Essa lei não especifica o limite do prazo de duração das concessões, apenas exige, como cláusula essencial do contrato, a indicação do prazo e das condições para a sua prorrogação⁷, conferindo margem considerável de discricionariedade para que o Poder Concedente estabeleça a extensão do prazo da outorga ou a sua renovação (PRADO; PINHEIRO 2017, p. 433).

Foi com base nessa parcela de competência que, em 2015, em decorrência da previsão de novos investimentos em concessões na segunda etapa do Programa de Investimento em Logística, o Ministério dos Transportes (MT) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) estabeleceram as primeiras regras a serem seguidas para a prorrogação dos contratos de concessão ferroviária, consubstanciadas na Portaria MT nº 399, de 17 de dezembro de 2015, e na Resolução ANTT nº 4.975, de 18 de dezembro de 2015.

A Portaria nº 399/2015 do Ministério apresentou a essência do procedimento de prorrogação, determinando, dentre outras questões, que a ANTT deverá seguir as seguintes diretrizes: (i) necessidade de realização imediata de novos investimentos na malha ferroviária concedida; (ii) ratificação, adaptação e adequação dos contratos às boas práticas de regulação; e (iii) ampliação do compartilhamento de infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais de forma a fomentar a concorrência e a eficiência setorial. Com base nesses preceitos, a Agência editou a Resolução nº 4.975/2015, que estabeleceu o procedimento a ser adotado dentro da agência, desde o pedido de prorrogação do prazo formulado pelas concessionárias até a assinatura do termo aditivo ao contrato de concessão.

Nesse período, diversas empresas que celebraram contratos na década de 90, em decorrência da desestatização da RFFSA e da Fepasa, solicitaram a prorrogação antecipada de seus contratos, tendo em vista o transcurso dos prazos contratuais vigentes, faltando à época cerca de 10 anos para o encerramento das concessões (ANTT, 2019a). São elas: (i) Rumo Malha

⁷ Do mesmo modo previu a Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Paulista - Malha Paulista; (ii) MRS Logística - Malha Sudeste; (iii) Ferrovia Centro Atlântica - Malha Centro-Leste; (iv) Estrada de Ferro Vitória a Minas; e (v) Estrada de Ferro Carajás⁸.

Nessa linha, seguindo a necessidade de consecução dos objetivos do governo, referentes à realização de novos investimentos nas concessões vigentes, tornou-se fundamental alterar a política de infraestrutura do país e garantir o tratamento prioritário dos empreendimentos de interesse público. Diante disso, em 13 de setembro de 2016, por intermédio da Lei nº 13.334, foi criado o Programa de Parceria de Investimentos (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada.

Conforme o artigo 2º da Lei nº 13.334/2016, são objetivos do PPI: (i) ampliar as oportunidades de investimento; (ii) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública; (iii) promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; (iv) assegurar a estabilidade e a segurança jurídica; (v) fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação; e (vi) fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte.

No mesmo ano, a fim de efetivar as diretrizes traçadas pelo PPI, especialmente quanto ao dever de “assegurar a estabilidade e a segurança jurídica” (FREITAS, 2018, p. 209), foi editada a Medida Provisória nº 752, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, que disciplina a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

A referida lei prevê duas espécies de prorrogação⁹, quais sejam, a contratual e a antecipada. De acordo com o artigo 4º da Lei nº 13.448/2017, que as conceitua, as duas modalidades diferenciam-se somente em termos cronológicos, uma vez que a primeira (contratual) se dá ao término da vigência do ajuste e a segunda (antecipada) antes do termo da concessão¹⁰.

⁸ Ressalta-se que os referidos empreendimentos foram qualificados posteriormente pelo PPI, para fins de prorrogação antecipada, por intermédio do Decreto nº 9.059, de 25 de maio de 2017.

⁹ A Lei nº 13.448/2017 traz apenas duas espécies de prorrogação, no entanto, o Tribunal de Contas da União, quando da análise da possibilidade da utilização do instituto em arrendamentos portuários, definiu que, na verdade, existem três espécies distintas, quais sejam, a ordinária, a excepcional para fins de reequilíbrio e a antecipada, sendo esta última aquela em que ocorrerá a inclusão de investimentos não previstos em instrumento contratual vigente. Vide: TC nº 030.098/2017-3. Acórdão nº 1446/2018. Plenário.

¹⁰ O artigo 4º da Lei nº 13.448/2017 conceitua as espécies de prorrogação da seguinte forma: (i) prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste; (ii) prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

A prorrogação antecipada, de acordo com os ensinamentos de Rafael Vêras (2018, p. 214), terá lugar nas hipóteses em que, por razões econômicas, o poder concedente, em vez de esperar o termo do contrato de concessão, incentiva que o concessionário realize investimentos não previstos nas suas obrigações originárias, tendo como contrapartida a ampliação da vigência do prazo da concessão.

Nesse contexto, Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro (2018, p. 21) adicionam que a prorrogação antecipada resulta em um ganho “com a manutenção de um serviço a contento, e a incorporação imediata de novos investimentos, em infraestrutura pública, que teriam de ser adiados até o final da vigência contratual, sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou tampouco aumento tarifário”, isto em troca da transformação de monetização de expectativa em certeza.

À luz da nova lei, esta espécie de prorrogação ocorrerá apenas no contrato de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontrar-se entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado (art. 6º, §1º) e desde que a prestação de serviço de transporte ferroviário seja adequada, entendendo-se como tal o cumprimento das metas de produção e de segurança definidas no contrato (art. 6º, §2º, II).

No que se refere à sua formalização, esta ocorrerá por meio de termo aditivo, contendo em seu teor o cronograma de investimentos obrigatórios e mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos de obrigações (art. 7º), permitindo, assim, um melhor acompanhamento da execução contratual. A prorrogação deverá, ainda, ser submetida previamente à consulta pública (art. 10) e, ao final, encaminhada ao Tribunal de Contas da União (TCU), instruída com o estudo técnico, o cumprimento dos requisitos da lei e, quando for o caso, o aditivo de prorrogação contratual (art. 11).

Para que ocorra a alteração do prazo de vigência, exige-se também que a prorrogação esteja expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original (art. 4º, II). Quanto a este ponto, cumpre tecer alguns comentários. Em análise aos contratos de concessão existentes no setor ferroviário, expostos no capítulo anterior¹¹, verifica-se que todos os contratos possuem cláusulas que possibilitam a prorrogação contratual, encontrando-se aptas à eventual pedido de extensão do prazo.

Destaca-se que as cláusulas contratuais de prorrogação possuem duas previsões, de acordo com a época da celebração do contrato. Os contratos ainda em vigor, firmados antes da década de 90, determinam apenas que o contrato poderá ser prorrogado pelo mesmo período da

¹¹ A íntegra dos contratos de concessão encontra-se disponível no sítio eletrônico da ANTT (ANTT, 2020c).

concessão, desde que manifestado com a antecedência mínima prevista. Já os contratos celebrados após a década de 90 são mais completos e exigem, além da antecedência, alguns requisitos para a concessão do pleito, conforme modelo colacionado abaixo¹²:

CLÁUSULA TERCEIRA - DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Em havendo interesse manifesto de ambas as partes, o presente contrato poderá ser prorrogado até o limite máximo total de 30 anos, a exclusivo critério da CONCEDENTE.

Parágrafo 1º. Até 60 meses antes do termo final do prazo contratual, a CONCESSIONÁRIA deverá manifestar seu interesse na prorrogação contratual, encaminhando pedido à CONCEDENTE que decidirá, impreterivelmente, sobre o mesmo até 36 meses antes do término deste contrato.

Parágrafo 2º. A CONCESSIONÁRIA poderá pleitear a prorrogação da CONCESSÃO desde que não tenha sido reincidente em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e tenha atingido e mantido a prestação de serviço adequado.

Parágrafo 3º. A partir da manifestação de interesse da CONCESSIONÁRIA, verificada sua conveniência e oportunidade pela CONCEDENTE, esta definirá as condições técnico-administrativas e econômicas-financeiras necessárias à prorrogação do contrato.

Da leitura da cláusula supracitada é possível verificar que a prorrogação não é ampla e irrestrita, devendo ser preenchidos, além dos requisitos previstos no texto normativo, também os contratualmente necessários à sua aprovação, tais como a ausência de reincidência em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e o alcance e manutenção da prestação de serviço adequado.

Por fim, ainda que o pedido preencha os requisitos previstos na Lei nº 13.448/2017 e haja expressa previsão da prorrogação no contrato celebrado entre o Estado e a iniciativa privada, o órgão ou a entidade competente¹³ deverá realizar estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação em relação à realização de nova licitação para o empreendimento (art. 8º, *caput*).

Devem constar no referido estudo: (i) o programa de novos investimentos, quando previstos; (ii) as estimativas dos custos e das despesas operacionais; (iii) as estimativas da demanda; (iv) a modelagem econômico-financeira; (v) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; (vi) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; e (vii) os valores devidos ao poder público pela prorrogação, quando for o caso (art. 8º, §1º).

¹² Fonte: Contrato da Rumo Malha Paulista S.A. (ANTT, 2020d).

¹³ Quanto à entidade competente para realizar o estudo técnico, a Nota Informativa Interministerial 01/2018/ANTT/MTPA/SG-PR, de 16 de março de 2018, firmou o entendimento de que a responsável será a ANTT, sendo que, comprovada a vantagem, o Ministério dos Transportes deverá decidir e avaliar se a prorrogação antecipada está alinhada ao planejamento estratégico e à política pública de transporte aplicável ao setor.

Apesar da lei em destaque apresentar os componentes do estudo técnico, a forma que deve ser aferida a vantajosidade, no entanto, não se encontra definida, levando a um estudo mais aprofundado quanto à sua definição, o qual será realizado nos próximos capítulos.

3. A VANTAJOSIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DA RUMO MALHA PAULISTA

Conforme visto, a Lei nº 13.448/2017, ao disciplinar o instituto da prorrogação antecipada, apenas asseverou a necessidade de realização de estudo técnico para fundamentar a vantagem da prorrogação frente a uma nova licitação, mas não estabeleceu o conceito de vantajosidade. Trata-se, *in casu*, de conceito jurídico indeterminado¹⁴, em que a entidade competente utilizar-se-á de sua discricionariedade para escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, a melhor solução que atenda ao interesse público, respeitando as peculiaridades do caso concreto (NOHARA, 2010, p. 167).

Registra-se que uma prorrogação antecipada que ultrapasse o tempo inicialmente previsto no instrumento original só se justifica em situações excepcionais¹⁵, nas quais comprovadamente se demonstre que esta é a opção mais favorável. Do contrário, estar-se-ia reconhecendo e atestando a possibilidade de existirem verdadeiros contratos eternos com a Administração Pública (OLIVEIRA, 2018).

Assim, para a construção do conceito de vantajosidade neste artigo, valemo-nos dos estudos técnicos elaborados pela ANTT e das decisões do TCU nos autos do processo de prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista (Rumo). O pedido mencionado foi o primeiro a ser apreciado pelo Plenário do TCU e que teve o seu Termo Aditivo ao Contrato de Concessão assinado.

Ressalta-se que todas as informações constantes deste capítulo foram obtidas por meio de solicitação de cópia apresentada nos autos do processo administrativo nº TC 009.032/2016-9, respaldado na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), tendo sido autorizado o acesso por meio de despacho proferido pelo Ministro João Augusto Ribeiro em 7 de outubro de 2019.

¹⁴ Conceito jurídico cujo conteúdo e extensão são incertos.

¹⁵ O Ministro Mauro Campbell Marques do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 20.432/DF, entendeu que o contrato de concessão com prazo certo é a regra, sendo a prorrogação, exceção, que somente se justifica se essa escolha se despontar eficiente em termos de relação de custo-benefício. (STJ, 2016).

Pois bem. Em obediência aos artigos 8º e 11º da Lei nº 13.448/2017, minuciados no capítulo anterior, a ANTT realizou o estudo técnico referente à prorrogação antecipada do contrato de concessão da Rumo e, após a análise do Ministério da Infraestrutura, o protocolou junto ao TCU, tombado sob o nº 009.032/2016-9.

De acordo com o referido estudo¹⁶, a pretensão reside na extensão do prazo contratual da concessão por mais 30 anos, contados do término do prazo atualmente vigente, e na inclusão de novos investimentos no contrato para a eliminação de conflitos urbanos e ampliação da capacidade da malha ferroviária.

A redução de conflitos urbanos torna-se necessária em razão do desenvolvimento das cidades do interior paulista ao longo dos anos, que atualmente instalam-se, em sua maioria, em torno da malha ferroviária. São diversas cidades afetadas pelas linhas, sujeitando-se aos ruídos, bloqueio de vias urbanas e, principalmente, acidentes, este último consideravelmente maior do que a média nacional.

A ampliação da capacidade da malha, por sua vez, decorre da saturação da Linha Tronco - linha principal -, ocasionando congestionamento, formação de filas e aumento de custos operacionais, bem como a transferência da demanda reprimida à via rodoviária, tornando-se, do ponto de vista econômico, menos eficiente e com custos externos elevados.

Os referidos investimentos não se encontram previstos no contrato de concessão vigente, portanto, a concessionária não se interessa em realizá-los, tendo em vista a impossibilidade de recuperar os investimentos em curto prazo e de garantir, diante da inexistência de regras para indenização, a reversibilidade dos valores despendidos.

Assim, buscando a inovação e a atualização do contrato, a ANTT apresentou os referidos estudos de aferição da vantajosidade da prorrogação antecipada, utilizando como instrumento a Análise de Impacto Regulatório (AIR)¹⁷, conduzida pelas “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório”¹⁸ elaboradas pela Casa Civil da Presidência da República.

Assim, iniciando a análise, foram definidos o objetivo geral - ampliação da oferta e qualidade do transporte ferroviário na malha - e os objetivos específicos - ampliação de capacidade, adequação dos estados de conservação e manutenção da via, endereçamento do problema dos trechos sem tráfego, ampliação do desempenho operacional, adequação do

¹⁶ O referido estudo também se encontra disponível no sítio eletrônico da Agência (ANTT, 2020a).

¹⁷ Análise de Impacto Regulatório é o “processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos” (PR, 2020).

¹⁸ Ibidem.

contrato às melhores práticas de regulação e a ampliação do compartilhamento da infraestrutura - a serem observados na apreciação do caso em exame.

Como alternativas para aferir eventual vantagem, foram escolhidos os seguintes cenários: (i) cenário base: prorrogação contratual no advento do termo contratual e realização de nova licitação no advento do termo contratual; (ii) alteração contratual com reequilíbrio por extensão de prazo; (iii) prorrogação antecipada; e (iv) extinção antecipada e realização de nova licitação, por meio de encampação, caducidade, anulação e rescisão do contrato.

Para a avaliação das alternativas, a agência empregou como parâmetro os seus impactos - aplicando como variável a eficiência - e a efetividade no endereçamento dos objetivos específicos, indicando, ao final, a alternativa que se enquadrou no maior grau conjunto de referência, a fim de auxiliar o gestor na tomada de decisões quanto à escolha por alguma das opções apontadas.

O método de análise de eficiência utilizado pela ANTT foi o seguinte: para cada uma das alternativas foram listados impactos positivos e negativos, as categorias de atores afetadas (usuários, sociedade e administração) e a magnitude dos impactos sobre essas categorias, em uma escala de 1 (baixa relevância) a 5 (alta relevância), tendo sido calculada a pontuação gerada pela diferença dos impactos negativos e positivos para a classificação da eficiência da melhor alternativa.

Neste método, verificou-se que a alternativa da prorrogação antecipada foi classificada como de maior eficiência e o cenário base como de menor eficiência¹⁹. Veja o resultado:

Alternativa Regulatória	Indicador	Pontuação dos Impactos		
		Positivos	Negativos	Diferença
Cenário Base	Total	2,0	30,0	-28,0
	Média	2,0	4,3	-2,3
Alteração Contratual com Extensão de Prazo	Total	16,0	4,0	12,0
	Média	4,0	4,0	0,0
Prorrogação Antecipada	Total	24,0	4,0	20,0
	Média	4,0	2,0	2,0
Extinção Antecipada e Nova Licitação	Total	30,0	30,0	0,0
	Média	4,3	3,8	0,3

Tabela 1 – Eficiência das Alternativas Regulatórias.

Em seguida, para avaliar se a alternativa não é somente eficiente, sobretudo pela ótica de benefícios e custos econômicos gerados, a agência analisou se ela poderia não se mostrar efetiva na solução dos objetivos pretendidos, empregando para tanto o seguinte método: avaliação das alternativas em momentos distintos, quais sejam, a curto prazo (até 5 anos), a

¹⁹ O estudo completo da eficiência das alternativas regulatórias encontra-se disponível no Relatório da SEINFRA, nos autos do TC 009.032/2016-9, em trâmite perante o Tribunal de Contas da União.

médio prazo (entre 5 a 10 anos) e a longo prazo (mais de 10 anos), calculando a magnitude de cada uma delas com base em objetivos específicos, em uma escala de 1 (baixa efetividade) a 5 (alta efetividade), para se chegar ao resultado final.

Na mencionada análise de efetividade, foram consideradas ainda, em face das alternativas existentes, as seguintes premissas:

Cenário Base: i) De forma geral, no curto prazo, considerou-se a efetividade do cenário base como baixa ou muito baixa no endereçamento dos diferentes objetivos específicos. ii) Atribuiu-se decréscimo na efetividade para solução de alguns objetivos no médio prazo, em virtude da aproximação do advento do termo contratual; iii) No longo prazo, considerou-se que tanto a prorrogação quanto a licitação possuem efeitos semelhantes, com vantagens para o processo licitatório; iv) Considerou-se que a prorrogação será mais efetiva no atingimento de alguns dos objetivos se realizada daqui 10 anos (longo prazo) do que agora (curto prazo), tendo em vista o maior prazo para análise e a melhoria da regulação nos próximos anos.

Alteração Contratual com Reequilíbrio por Extensão de Prazo: i) Principal reflexo se dá sobre a ampliação da capacidade; ii) Assumiu-se uma melhora entre o curto e médio prazo no atingimento de alguns dos objetivos, com perda de performance no longo prazo; iii) A efetividade no curto prazo foi considerada no máximo regular, tendo em vista que o instituto jamais foi utilizado no cenário ferroviário nacional para solução do problema já apontado, mesmo estando à disposição desde o início da Concessão.

Prorrogação antecipada: i) Efeitos produzidos já no curto e médio prazo; ii) Considerada menos efetiva se realizada nesse momento do que ao final do contrato, em virtude do prazo para estudo e melhor endereçamento das questões, bem como pela melhoria da regulação nos próximos anos.

Extinção antecipada: i) Efetividade semelhante à do cenário base no curto prazo; ii) Assumiu-se que o encerramento da Concessão ocorreria em até 5 anos; iii) Geração de elevada insegurança jurídica em virtude da extinção antecipada por meio de encampação; iv) Considerou-se que o processo licitatório após a extinção da Concessão seria menos efetivo que se realizado no advento do termo contratual, sobretudo em vistas do afastamento de players importantes pelo cenário de insegurança jurídica gerado.

Verificou-se, a partir daí, que a alternativa da prorrogação antecipada foi considerada a de maior pontuação e a alternativa da alteração contratual com extensão de prazo a de menor pontuação. Confira o resultado:

Alternativa Regulatória	Efetividade
Cenário Base	2,0
Alteração Contratual com Extensão de Prazo	1,9
Prorrogação Antecipada	3,7
Extinção Antecipada e Nova Licitação	2,3

Tabela 2 – Efetividade das Alternativas Regulatórias

Portanto, ao final da análise da eficiência e da efetividade das alternativas regulatórias, a ANTT concluiu que a prorrogação antecipada se mostrou a mais adequada dentre as

alternativas analisadas no caso concreto, sendo aquela recomendada em eventual tomada de decisão em relação à concessão da Malha Paulista.

Ainda no estudo da vantajosidade da prorrogação antecipada, a ANTT passou a discorrer sobre os benefícios decorrentes da realização de investimentos propostos pela Rumo, atentando-se ao fato de que, se não for criado um ambiente regulatório favorável à realização de investimentos, a probabilidade da concessionária não realizá-los na vigência do contrato é considerada alta. São esses os benefícios: (i) econômicos; (ii) redução de acidentes; (iii) geração de empregos; (iv) ambientais; e (v) urbanos.

Quanto aos benefícios econômicos, a agência concluiu que seriam geradas as seguintes economias: redução do custo de frete no total de R\$ 3,878 bilhões; redução de consumo de combustível no total de R\$ 730 milhões; pagamento de outorga no total de R\$ 2,278 bilhões, convertida em investimentos para solução de conflitos urbanos; e acréscimo na arrecadação tributária no total de R\$ 680 milhões.

Como benefício indireto, a ANTT demonstrou que haveria uma redução do número de acidentes, uma vez que o transporte ferroviário é mais seguro que o rodoviário, resultando em um montante de R\$ 2,506 bilhões na escolha da prorrogação antecipada. Ademais, resultaria na geração de 198.971 novos empregos.

No tocante aos benefícios ambientais, a agência considerou que o modal ferroviário emite poluentes em menor quantidade quando comparados ao modal rodoviário, gerando impactos positivos, tais como: a redução da poluição do ar; a redução das perdas de biodiversidade; a redução dos efeitos de mudança climática; a redução de ruído; a redução de processos relacionados à energia, aos veículos e à infraestrutura; a redução de custos à natureza; e a redução da poluição do solo e da água, que alcançariam um excedente econômico de R\$ 1,428 bilhão.

Com relação aos benefícios urbanos, a agência aduz que o tráfego motorizado afeta também o tráfego não motorizado, havendo, dessa forma, uma redução de custos externos em áreas urbanas e redução de congestionamento no caso da escolha pela prorrogação antecipada, resultando na economia de R\$ 1,994 bilhão.

Por fim, finalizando a análise da vantajosidade da prorrogação antecipada, a ANTT calculou a relação custo-benefício, a fim de aferir se o projeto é economicamente viável, concluindo que os benefícios superariam os custos no ano de 2024, ou seja, o projeto teria o seu *payback* já no sexto ano, tornando o projeto factível.

Após o recebimento dos autos pelo TCU, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (Seinfra) do órgão avaliou os estudos preparatórios para a prorrogação

antecipada do contrato de concessão da Ferrovia Malha Paulista, recomendando algumas alterações referentes aos impactos positivos e negativos decorrentes da manutenção da atual concessionária nos cenários de prorrogação do contrato, que não chegaram a alterar o resultado dos estudos, entendendo, em sua conclusão, que eventual assinatura do termo aditivo não resultaria em inobservância dos princípios do dever de licitar.

Seguindo o trâmite processual, após a análise da Seinfra e do Ministério Público junto ao TCU, o processo foi julgado pelo Plenário do Tribunal, resultando no Acórdão nº 2876/2019 (TCU, 2019). Naquela oportunidade, os Ministros se posicionaram pela aprovação da prorrogação antecipada requerida pela Rumo.

Na parte final do acórdão, diante da necessidade de ajustes pontuais na minuta de termo aditivo e no próprio estudo, especialmente quanto à definição dos investimentos para a mitigação dos conflitos urbanos e à modelagem econômico-financeira²⁰, o Plenário determinou que a agência adotasse as providências cabíveis e encaminhasse ao órgão de contas a versão final da documentação com antecedência mínima de 15 dias da data da assinatura do termo.

Após os referidos ajustes, a ANTT encaminhou ao TCU a documentação comprobatória do cumprimento da implementação das recomendações. No entanto, recebidos os autos pela Seinfra, o órgão técnico entendeu que a relação apresentada nos estudos originários, referente às localidades que seriam beneficiadas com os investimentos para a mitigação dos conflitos, foi injustificadamente modificada por meio de inclusões e exclusões de municípios, o que, na sua visão, resultaria na diminuição de investimento e, conseqüentemente, refletiria na vantajosidade da prorrogação antecipada.

²⁰ Vide itens 9.3.8., 9.3.9, 9.3.10 e 9.3.11 do Acórdão: “9.3.8. inclua no fluxo de caixa e no Caderno de Obrigações somente as intervenções para a solução de conflitos urbanos obtidas junto ao Ministério da Infraestrutura que tenham prazo determinado de conclusão, em respeito ao art. 104, inciso II, do Código Civil e aos princípios da eficiência e da economicidade (seção V do Voto); 9.3.9. defina, por meio de projetos e demais peças técnicas, os elementos necessários à caracterização adequada e suficiente das intervenções que serão previstas no Caderno de Obrigações para minimização dos conflitos urbanos, tendo por base estudos preliminares e diagnósticos qualificados sobre a situação dos conflitos, de modo a possibilitar análise prévia da viabilidade técnica, financeira e social em face dos custos aproximados previstos, bem assim a estabelecer referencial técnico no contrato para o julgamento das propostas de projeto apresentadas pela concessionária, em respeito ao art. 104, inciso II, do Código Civil e aos princípios da eficiência, da transparência, da economicidade e do equilíbrio da contrato (seção V do Voto); 9.3.10. caso apure ágio após serem promovidos os ajustes que impactam no fluxo de caixa da modelagem econômico financeira, adote mecanismos para cobrá-lo do concessionário, a título de pagamento de outorga, não podendo tais valores serem internalizado pela concessionária para aplicação em investimentos indefinidos, sob o risco de configurar infringência aos princípios constitucionais da legalidade, da universalidade, do interesse público, da eficiência e da economicidade, bem assim ao art. 104, inciso II, da Lei 10.406/2002 e art. 7º da Lei 13.448/2016 (seção V do Voto); 9.3.11. inclua, na documentação anexa ao Termo Aditivo ao Contrato, cronograma factível de todas as intervenções previstas, inclusive aquelas para minimização de conflitos urbanos, com base nos elementos mínimos de projeto a serem previstos no Caderno de Obrigações, em atendimento ao art. 7º da Lei 13.448/2017 (seção V do Voto)”.

Além disso, quanto à modelagem econômico-financeira, a Seinfra afirmou ser inadequada a aferição de outorga indicada no novo estudo, sugerindo a redução do prazo da concessão para 7 ou 8 anos, contados a partir de 2020, ou o direcionamento de tais recursos para a consecução de outras obras ferroviárias, motivo pelo qual requereu, ao final, a concessão de medida cautelar, visando a suspensão da celebração do termo aditivo até a deliberação do órgão de contas.

Feita a devida análise, o relator do processo, Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, proferiu despacho indeferindo a medida cautelar proposta pela Seinfra, considerando que não foi verificado descumprimento às determinações do Tribunal, tampouco prejuízos decorrentes dos ajustes implementados no regular atendimento às medidas constantes do Acórdão nº 2.876/2019.

De acordo com o Relator, a unidade técnica se equivocou quanto à análise da relação de cidades com investimentos previstos para mitigação de conflitos urbanos, visto que, na verdade, houve um acréscimo de 20 para 40 municípios atendidos. Além disso, a exclusão de 7 municípios da lista decorreu, justificadamente, em razão do investimento em aumento da capacidade da via, que resultará na resolução de conflitos daquelas localidades, não havendo necessidade de novos investimentos nesse sentido.

No tocante à redução de investimentos em resolução de conflitos urbanos, de R\$ 2,6 bilhões para R\$ 673 milhões, o Ministro entendeu que o que se busca no caso em análise “não é meramente investir um montante ‘x’ de recursos, mas sim resolver, no curto prazo, os problemas existentes”, adicionado ainda que “o que a política pública almeja é a resolução dos conflitos no maior número possível de cidades, o que se verifica estar sendo atendido, em maior grau que o previsto anteriormente” (TCU, 2020b, parágrafos 82 e 84).

Em continuidade, o Relator atestou que a determinação do acórdão em converter o saldo positivo do fluxo de caixa em outorga resultou em um valor não previsto anteriormente de R\$ 2,8 bilhões, que, com a assinatura do termo aditivo, não será mais internalizado pela concessionária, mas sim direcionado aos cofres da União, o qual corrobora com o entendimento de vantajosidade da prorrogação em comento.

Neste ponto, ressalta-se, ainda, que a proposta da área técnica quanto à prorrogação por prazo menor ao estabelecido na minuta e direcionamento de recursos à outras obras ferroviárias foram afastadas pelo Ministro Relator, respectivamente, em razão da solução ser insatisfatória para a concessionária, que teria que realizar diversos investimentos para permanecer com o prazo original do contrato, e de gerar interferência no campo discricionário do gestor da política pública.

Dessa forma, concluiu-se à época que as referidas alterações não afetaram a vantajosidade da prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista, encontrando-se passível de assinatura nos moldes dos estudos técnicos e documentos jurídicos apresentados pela agência²¹, o que ocorreu em 27 de maio de 2020, conforme Extrato de Termo Aditivo publicado no Diário Oficial da União de 28 de maio de 2020 (ANTT, 2020b).

A observação desses desdobramentos do processo administrativo da Rumo indica que não houve uma harmonia entre os atores do órgão de controle quanto à verificação prática do conceito jurídico indeterminado de vantajosidade da prorrogação antecipada. As divergências entre a Seinfra, Plenário e relatoria do caso demonstram a dificuldade existente na definição do que é considerado vantajoso ou não, haja vista a falta de um conceito legalmente estabelecido para tanto e o grau de indeterminação que daí decorre.

No entanto, a partir da referida análise foi possível identificar os critérios que obrigatoriamente devem ser observados quando da aferição da vantajosidade pelas áreas técnicas e julgadoras, a fim de alcançar um tratamento uníssono entre os pedidos de prorrogação antecipada apresentados pelas concessionárias, sem esvaziar o objetivo do instituto, conforme será abordado no capítulo seguinte.

4 OS CRITÉRIOS OBRIGATÓRIOS PARA AFERIÇÃO DA VANTAJOSIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

Conforme visto anteriormente, o artigo 8º da Lei nº 13.448/2017 exige que a entidade competente realize estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação antecipada do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação. No entanto, o legislador não apresentou sua definição, nem ao menos um rol taxativo ou exemplificativo para que se averigüe os parâmetros mínimos para aferição dessa vantajosidade.

Cabe à Administração Pública, portanto, buscar a alternativa mais eficiente, dentre os cenários econômicos existentes, para a sua tomada de decisão. Contudo, ainda que a agência detenha conhecimento técnico específico em transporte, nem sempre os critérios apresentados para eleger a melhor alternativa mostram-se os mais adequados, ainda que haja um aperfeiçoamento do contrato originário.

Assim, a fim de conduzir uma definição do termo, julga-se necessário que haja uma fixação dos critérios obrigatórios a serem observados na aferição da vantajosidade, resultando

²¹ Registra-se que os estudos técnicos e documentos jurídicos foram aprovados pela ANTT por meio da Deliberação nº 273, de 26 de maio de 2020.

em uma tomada de decisão mais eficaz, visto que os fatores de análise se alteram de acordo com o caso concreto.

A partir da análise dos estudos da Rumo Malha Paulista, realizada no capítulo anterior, foi possível identificar alguns critérios básicos - sem prejuízo da adição de outros inerentes ao caso - que justificam a escolha da prorrogação antecipada como a melhor alternativa regulatória, quais sejam: (i) interesse público; (ii) urgência e relevância; e (iii) reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro.

4.1. Interesse público

Da mesma forma que a vantajosidade, o termo interesse público configura-se como um conceito jurídico indeterminado, não havendo uma definição universal acerca de seu significado. No entanto, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 55), “dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é ou não é o interesse público”, utilizando como baliza as zonas de certezas negativa e positiva, tornando-o determinável.

Em seu estudo de definição teórico-dogmática do termo interesse público, Juliano Heinen (2018, p. 96) identificou as margens negativas e positivas que compõem o seu conceito, sendo colacionadas abaixo as que devem se aplicar na análise de vantajosidade da prorrogação antecipada, quais sejam:

(d1) Margem negativa:

(d1.1) O interesse público não se confunde com o interesse coletivo, mas podem existir situações de convergência, ou seja, em que se verifica um interesse público e coletivo incidentes no mesmo contexto e ao mesmo tempo. Exemplo: meio ambiente, proteção às relações de consumo etc. O interesse coletivo condensa uma multiplicidade de interesses comuns, que podem não estar relacionados com o interesse público ou mesmo, a depender do caso concreto, ir de encontro a ele;

(d1.2) O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, apesar de o interesse público reclamar a atuação do Estado – aqui, revela a diferença entre interesse público primário e secundário. E, deve ser destacado, que, apesar de não se confundirem, podem e devem ser convergentes; [...]

(d1.4) Não se pode falar em interesse público que seja contrário à Constituição Federal, à lei e aos princípios jurídicos;

(d2) Margem positiva:

(d2.1) O interesse está ligado aos “objetivos estatais” e aos “direitos fundamentais” como categorias definidoras de “áreas públicas”, sem se desconectar das necessidades dos indivíduos; [...]

(d2.3) O interesse público não necessariamente se opõe ao interesse privado, mas deve, na medida do possível, coincidir com o maior número possível de interesse privados tutelados; [...]

(d2.5) Podem existir graus de maior ou menor presença do interesse público;

Assim, no caso de aferição da vantajosidade, além da conferência quanto à obediência aos princípios jurídicos e dispositivos constitucionais e legais, deve haver um levantamento dos fatores que justificam o interesse público existente na escolha da prorrogação antecipada frente a uma nova licitação.

No caso da Rumo, por exemplo, restou demonstrado que a população dos municípios do entorno da ferrovia seria beneficiada por meio da resolução de conflitos urbanos, com o aumento da segurança nas áreas urbanas, redução do número de acidentes e de congestionamento, bem como, indiretamente, com a diminuição de poluentes e geração de empregos.

Quanto aos aspectos de ordem econômica, os estudos da Rumo demonstraram a redução do custo de transporte para os usuários e do consumo de combustível, o pagamento de outorga e o aumento da arrecadação tributária, bem como benefícios indiretos relacionados à redução do número de acidentes decorrente da prevalência do modal ferroviário em relação ao rodoviário.

À vista disso, com o objetivo de aferir a relação custo-benefício, foi realizado um balanceamento entre os referidos benefícios e os custos necessários à execução dos investimentos, resultando, ao final, na atestação da viabilidade socioeconômica do projeto. Neste ponto, nota-se que o referido exame não deve se restringir apenas aos aspectos de cunho orçamentário, sendo necessário que se aprecie em conjunto as vantagens sociais.

Esse assunto foi debatido, inclusive, quando da análise da medida cautelar apresentada no caso da Rumo. Naquela oportunidade, o Ministro Augusto Nardes afastou o entendimento da Seinfra, que alegava a falta de vantagem existente em decorrência da diminuição considerável do valor de investimentos em resolução de conflitos, defendendo que não se trata somente do *quantum* que será investido, mas sim da quantidade de cidades que serão positivamente afetadas, o que resulta no atendimento da vantajosidade (TCU, 2020b, parágrafos 82 e 84).

Se fossem considerados somente os aspectos financeiros, não haveria que se falar em prorrogação antecipada, tendo em vista que o alto valor de outorga que seria percebido quando da realização de nova licitação - em razão do término do prazo contratual - seria considerada uma das melhores alternativas para o Poder Público. No entanto, não seriam alcançados os objetivos previstos com a prorrogação, quais sejam, a realização de novos investimentos a curto e médio prazo para a reparação de gargalos logísticos, encontrando-se devidamente compensada a ausência de vantajada outorga pelo direcionamento do montante em obras na nova perna contratual.

Assim, observa-se que a ANTT teve êxito na elaboração dos estudos prévios da Rumo, conseguindo englobar, por todos os campos de visão, os aspectos sociais e econômicos que justificam o interesse público, o que resultou em sua reverência perante o Plenário do Tribunal de Contas da União.

Neste aspecto, quanto às margens apresentadas por Juliano Heinen (2018, p. 96), verifica-se que a situação fática apresentou convergência entre o interesse público e coletivo, visto que um dos objetivos da prorrogação antecipada da Rumo é a resolução de conflitos urbanos, que atinge diretamente a sociedade ao redor da malha ferroviária, sendo estes identificados por meio de benefícios sociais. Ademais, foram demonstrados, por intermédio de benefícios econômicos, os interesses do Estado na renovação do contrato, que afetará positivamente o orçamento federal, estadual e municipal.

Como exemplo contrário, cumpre trazer à baila a análise técnica do pedido de prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Carajás (EFC) nos autos do processo administrativo nº 018.841/2019-8²², que, apesar de ter utilizado o mesmo método de análise de vantajosidade aplicado ao caso da Rumo, teve um resultado distinto. No referido caso, a agência não se debruçou sobre o detalhamento dos benefícios econômicos e sociais que tornaram a prorrogação antecipada a melhor alternativa, utilizando para tanto apenas argumentos genéricos, não logrando êxito na demonstração do interesse público.

No relatório preliminar apresentado pela Seinfra naquele caso, esta ressaltou que a principal deficiência encontrada na AIR “foi a ausência de qualquer análise de custo-benefício referente ao caso concreto da EFC, a qual, por derradeiro, teria o condão de evidenciar a vantajosidade na prorrogação antecipada” (TCU, 2020a, parágrafo 323). Além disso, a Secretaria destacou que a mera existência em caráter conceitual dos benefícios, ou ainda a apresentação de uma ínfima melhora em relação à situação anterior, não seria suficiente para a escolha da prorrogação como melhor alternativa.

Registra-se que, apesar da recomendação da Seinfra afastando a possibilidade de prorrogação antecipada do contrato de concessão da EFC, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº 1946/2020 (TCU, 2020c), decidiu por sua aprovação, utilizando como fundamento que “impugnar a decisão acerca da vantajosidade significa adentrar no mérito da decisão discricionária do Poder Concedente”, devendo ser ponderados outros aspectos, tais como “as

²² Registra-se que, da mesma forma que o processo da Rumo, as informações referentes ao pedido de prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Carajás foram obtidas por intermédio de pedido de acesso, com base na Lei de Acesso à Informação, tendo sido deferido por meio de despacho proferido em 16 de dezembro de 2019.

consequências práticas, as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Neste ponto, sem adentrar na definição dos limites de atuação do TCU, que não se enquadra no escopo do presente estudo, cumpre destacar que a referida fundamentação vai de encontro aos demais posicionamentos já proferidos no âmbito da Corte, inclusive no caso da Rumo, visto que a análise de vantajosidade integra os estudos técnicos a serem analisados pelo órgão de contas, sendo necessária a sua verificação para que o instituto da prorrogação antecipada não seja esvaziado.

Nada obstante o referido entendimento, ressalta-se que a ausência de apresentação detalhada dos benefícios referentes ao interesse público pode levar à frustração do instituto, que necessita de uma justificção ampla acerca de sua real vantagem. Dessa forma, entende-se não ser suficiente a mera indicação de possíveis benefícios, sendo necessária a comprovação do atendimento ao interesse público, capaz de demonstrar a vantagem da prorrogação frente à realização de nova licitação – e demais alternativas.

Isso porque, conforme ensina Felipe Montenegro Viviani Guimarães (2018, p. 267), o artigo 175, *caput* e parágrafo único da Constituição Federal estabelece que o instituto jurídico da prorrogação “possui ‘*caráter especial*’ (ou excepcional) em relação ao instituto jurídico da licitação pública, podendo ser utilizado, apenas e tão somente, nos casos em que o interesse público substanciado no prolongamento do prazo efetivamente justificar a prorrogação”.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS nº 20.432/DF, em que se discutia a prorrogação do contrato de concessão de geração de energia elétrica, no sentido de que a “prorrogação é a exceção, que somente se justifica se essa escolha se despontar eficiente”, eficiência essa, do ponto de vista da Turma, nos termos da relação de custo e benefício²³.

Assim, resta clara a necessidade de se ter como critério obrigatório de aferição da vantajosidade a demonstração, pela agência reguladora, do interesse público existente, este certificado por meio da descrição inequívoca e detalhada dos benefícios sociais e econômicos que serão alcançados ao se optar pela utilização do instituto da prorrogação antecipada.

4.2 Urgência e relevância

A aferição da vantajosidade também precisa vir acompanhada de urgência e relevância, a fim de garantir que a escolha pelo instituto da prorrogação antecipada seja efetivamente

²³ Entendimento esposado no Voto do Ministro Mauro Campbell Marques (STJ, 2016).

excepcional. Para tanto, deve ser realizado um comparativo entre a prorrogação antecipada e as demais alternativas, a partir da análise do caso concreto, para se averiguar o tempo que seria necessário para alcançar esses investimentos em cada uma delas.

O Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais da Fundação Getúlio Vargas (FGV) realizou um estudo de “Avaliação da Política de Prorrogação Antecipada das Concessões Ferroviárias” (OLIVEIRA; MARCATO; CURI; SOUSA; PENTEADO; VANZELLA, 2018) analisando, de forma geral, como o instituto se comporta diante de outros cenários. Direcionando aquele estudo somente em relação aos aspectos temporais, foi possível identificar as seguintes diferenças em cada alternativa:

- a) no cenário atual, ou por meio da prorrogação contratual simples, os contratos permaneceriam inalterados e, conseqüentemente, sem previsão quanto à inclusão de novos investimentos, e a partir disso a concessionária não teria incentivo para realizá-los, tendo em vista que não estaria condicionada contratualmente ao seu cumprimento. Seria necessário, então, aguardar o término natural do prazo contratual para que a nova licitação passasse a prever novos investimentos;
- b) na prorrogação por reequilíbrio econômico-financeiro, apesar de poder incluir novos investimentos no contrato e ser efetuada de forma célere se comparada aos demais cenários, a Administração Pública teria que desembolsar um grande valor para a devida indenização à concessionária, gerando custos que não estão disponíveis no orçamento federal;
- c) na nova licitação, os investimentos seriam adiados pelo tempo das providências prévias à realização do procedimento licitatório, guardando inúmeras complexidades até a sua execução; e
- d) na relicitação (devolução amigável), ocorreria algo semelhante, pois os investimentos seriam adiados e, provavelmente, o risco de judicialização causaria um enorme atraso na licitação e na realização dos investimentos.

A prorrogação antecipada se destaca diante dessas alternativas, tendo em vista que os novos investimentos poderão ser realizados logo após a assinatura do Termo Aditivo, ou seja, a curto e médio prazo, sendo o cenário ideal nos casos em que há evidente relevância e urgência. Assim, torna-se essencial que estes critérios constem nos estudos prévios a serem apresentados pela agência reguladora.

Além disso, importante ressaltar que a área técnica competente pelos estudos deve calcular o tempo que levará para a realização dos novos investimentos, a fim de garantir que a prorrogação não se estenda por um tempo aquém do esperado. Nestes termos, Rafael Vêras de Freitas (2018, p. 215) ensina que tal modalidade de extensão de prazo deve ser limitada ao período em que o concessionário terá para amortizar os novos investimentos realizados, estando totalmente desvinculada do prazo previsto no contrato para eventual prorrogação.

Veja-se, portanto, que não basta somente a demonstração do interesse público, devem estar devidamente demonstradas nos estudos prévios apresentados pela agência reguladora a urgência e a relevância de tais investimentos. Dessa forma, caberá ao gestor público a ponderação se tais investimentos (i) precisam ser efetuados de forma emergencial, ou se podem aguardar o término do prazo contratual para serem realizados; (ii) são efetivamente relevantes, ou se a sua ausência não mudará o cenário existente atualmente; e (iii) justificam a renovação pelo mesmo prazo da concessão, ou se deve estender o contrato por prazo inferior ao previsto.

No caso da Estrada de Ferro Carajás, por exemplo, a Seinfra não identificou a urgência e a relevância na prorrogação do contrato por mais 30 anos, entendendo que os investimentos propostos (redução de conflitos e aumento do compartilhamento em infraestrutura), apesar de serem essenciais, encontram-se em patamar superior às demais ferrovias nacionais, no que se refere aos níveis de segurança e de desempenho²⁴, não sendo adequada a prorrogação contratual com base nessas inovações.

Assim, conforme aponta a Seinfra, em seu relatório preliminar, o instituto da prorrogação antecipada não existe apenas para buscar manter “um serviço a contento ou adiantar pequenos investimentos, mas sim para resolver uma necessidade urgente ou de relevante interesse público”, motivo pelo qual entende “que o contexto verificado ao tempo da prorrogação não recomendaria esperar a resolução ordinária do contrato, porque o fator tempo seria primordial” (TCU, 2019, parágrafo 486).

Relembra-se que a antecipação do prazo contratual, conforme se infere da Lei nº 13.448/2017, não deve ser utilizado para premiar as concessionárias, mas sim como instrumento extraordinário, devendo-se manter a sua finalidade principal, qual seja, a resolução de problemas relevantes ou que necessitam de intervenções urgentes.

²⁴ Quanto à mitigação de conflitos urbanos, de acordo com os estudos apresentados pela ANTT, a EFC apresenta número de acidentes inferiores à média nacional, obtendo em 2017 a pontuação de 2,67 enquanto a média era de 10,70. Além disso, no período de 2010 a 2017, 48% dos acidentes na ferrovia foram causados por interferência de terceiros e caso fortuito e força maior, ou seja, por externalidades. Além disso, no que se refere ao aumento do compartilhamento em infraestrutura, os estudos indicam que apenas 2% do total do transporte realizado na malha é direcionado à operação de terceiros, sendo que 98% refere-se ao transporte de minério de ferro de propriedade da Vale S.A., administradora da concessão.

Como exemplo de cumprimento deste critério, cumpre trazer à baila o estudo técnico da Estrada de Ferro Vitória a Minas (EFVM) colacionado nos autos do processo administrativo de prorrogação antecipada nº 018.8412/2019-4²⁵. No referido estudo pretendia-se, além da resolução de conflitos urbanos e da ampliação da capacidade de compartilhamento da malha, a implantação da Ferrovia de Integração Centro Oeste (FICO) – denominado de investimento cruzado²⁶ - e a demolição do viaduto de Monte Seco/ES, que apresenta risco de desabamento.

De acordo com o relatório prévio da Seinfra, posteriormente confirmado pelo Plenário do TCU por meio do Acórdão nº 1947/2020 (TCU, 2020d), somente a implementação da FICO já materializa a urgência e a relevância da prorrogação antecipada do contrato, justificando a necessidade de se realizar da forma mais célere possível a celebração de Termo Aditivo nestes termos, afastando, portanto, a realização de nova licitação. Confira-se:

A implementação da FICO apresenta importância sensível para o planejamento de transportes do Poder Público, porque permitirá maior equilíbrio da matriz de transporte, bem como o atendimento à demanda da região Centro-Oeste, que se apresenta hoje como um dos principais polos produtores para a balança comercial brasileira, o que pode ser considerado ainda mais relevante em uma realidade de recessão ou estagnação econômica.

584. Dessa forma, nota-se que a vantajosidade da implementação mais célere do referido segmento ferroviário materializa a urgência e o relevante interesse público por trás da medida de incluí-la como obrigação na prorrogação antecipada da EFVM, reputando-se atendidos os arts. 3º, 6º, e 8º da Lei 13.448/2017.

Assim, observa-se que a urgência e a relevância são critérios essenciais para aferição da vantajosidade, visto que garantem a confirmação da excepcionalidade do instituto no caso concreto, atestando se o prazo determinado é adequado e se a alternativa é a mais apta a assegurar a efetividade dos investimentos.

4.3. Reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro

Por fim, vislumbra-se que o critério de maior sensibilidade na análise de vantajosidade refere-se à reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro. Conforme visto nos primeiros capítulos, a prorrogação antecipada foi instituída no ordenamento jurídico

²⁵ Registra-se que, da mesma forma que o processo da Rumo e da Estrada de Ferro Carajás, as informações referentes ao pedido de prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Vitória a Minas foram obtidas por intermédio de pedido de acesso, com base na Lei de Acesso à Informação, tendo sido deferido por meio de despacho proferido em 16 de dezembro de 2019.

²⁶ O investimento cruzado encontra-se previsto nos artigos 25, §1º, da Lei nº 13.448/2017 e estabelece que “o órgão ou a entidade competente poderá, de comum acordo com os contratados, buscar soluções para todo o sistema e adotar medidas diferenciadas por contrato ou por trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas, admitida a previsão de investimentos pelos contratados em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública”.

exatamente para resolver os entraves que remontam às desestatizações das ferrovias na década de 90.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila a exposição de motivos da Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017 (PR, 2019), *in verbis*:

[...] 2. A Medida Provisória ora proposta objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável. [...] 4. Os novos investimentos em concessões existentes têm o condão de reaquecer o setor de infraestrutura logística de forma muito rápida, resolvendo entraves logísticos, aprimorando os níveis de serviços prestados e criando novos postos de trabalho.

Note-se que a intenção do legislador é corrigir, de forma célere, problemas logísticos que surgem desde a concepção das ferrovias, adequando os contratos, que já duram mais de vinte anos, às práticas regulatórias modernas e às inovações tecnológicas existentes, a fim de garantir a competitividade e aumentar a oferta de transporte.

Neste ponto, a fim de exemplificar a sensibilidade que deve marcar tal análise de vantajosidade, cumpre apresentar no presente tópico os principais problemas históricos existentes no setor ferroviário, sendo este critério indispensável para o alcance da finalidade do instituto da prorrogação antecipada.

Iniciando por um dos problemas mais usuais no setor ferroviário, ressalta-se a problemática quanto aos conflitos urbanos, que se encontra presente na maioria dos estudos técnicos apresentados pela ANTT. De acordo com estudo elaborado por agentes da referida agência reguladora, apresentado em 2019 no Congresso da Associação Nacional em Pesquisa e Ensino em Transportes (Anpet), esses problemas foram herdados em grande parte no período pré-desestatização, que resultaram no “excesso de passagens em nível, inclusive clandestinas, agravado pela falta de segurança nestes cruzamentos, e as ocupações irregulares na faixa de domínio ferroviária” (SOUZA; BRAGA; SILVA, 2019, p. 3).

Os seus autores ressaltam ainda que, por intermédio deste conflito, são identificados diversos incômodos e riscos à segurança das comunidades que se encontram no entorno da via férrea, interferindo, inclusive, na condição de ir e vir dos centros urbanos. Além disso, o transporte ferroviário é diretamente atingido por estes problemas, tendo em vista que geram ineficiência, comprometimento da capacidade operacional e redução de produtividade. Torna-se necessário, portanto, que sejam implementadas soluções para mitigar estes conflitos,

utilizando-se, por exemplo, intervenções físicas, por meio de obras de transposições, contornos ferroviários, vedações de faixa de domínio, dentre outros.

Outro problema histórico a ser observado é em relação à qualidade e à capacidade da malha ferroviária. Apesar de já terem sido realizados diversos investimentos em melhorias neste aspecto pelas concessionárias, ainda há uma enorme articulação por parte da Administração Pública em resolver estes gargalos logísticos. Isso porque, após a desestatização das ferrovias na década de 90, a principal preocupação das concessionárias era efetuar a recuperação da malha ferroviária e material rodante, tendo em vista a enorme recessão econômica que paralisou os investimentos no setor, seguidamente de investimentos em aumento da capacidade da malha e melhoria dos serviços operacionais (CNT, 2013, p. 27).

Não obstante todo o investimento realizado, “grande parte da malha concedida apresenta baixa densidade de tráfego, o que gera uma situação de ineficiência no transporte ferroviário de cargas” (CNT, 2013, p. 27). Assim, tem-se como possível solução, visando o desenvolvimento econômico do país, a adequação de trechos ferroviários e a manutenção permanente de trechos (CNT, 2013, p. 31), que poderão ser realizados, no curto e médio prazos, por meio de novos investimentos constantes na alteração antecipada do contrato de concessão.

Por fim, tem-se a implementação de ferrovias para fins de expansão da malha ferroviária, tendo em vista que, conforme observou-se, os contratos de concessão atuais não preveem a obrigatoriedade de ampliação da malha pelas concessionárias, não havendo incentivos para a construção de novas ferrovias. Para tanto, buscando propor soluções para a melhoria do planejamento estratégico, bem como modernizar e integrar os modais de transporte, a Empresa de Planejamento e Logística (EPL) elaborou em 2018 o Relatório Executivo do Plano Nacional de Logística (PNL).

O referido documento aponta que diversos trechos da rede multimodal “permanecem com pontos de estrangulamento no horizonte de 2025, denominados de gargalos remanescentes”, assim, tem-se como possível solução a “integração das malhas ferroviárias e ampliação da participação do modo ferroviário na matriz de transporte nacional” (EPL, 2018, p. 77). Planeja-se, portanto, a implantação de dois empreendimentos ferroviários, quais sejam, a Ferrovia de Integração do Centro-Oeste (FICO) e a Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL).

Os dois empreendimentos serão incluídos como novos investimentos em contratos de concessões já existentes, quando da prorrogação antecipada dos respectivos contratos. Conforme se viu no processo administrativo da EFVM, o TCU aprovou que fosse incluído no

Termo Aditivo a implementação da FICO, tendo sido o primeiro caso de investimento cruzado aprovado pelo órgão de contas.

Veja-se, portanto, que o setor ferroviário possui diversos gargalos que permanecem desde a época da desestatização das ferrovias e que carecem de soluções céleres para a sua devida resolução, sendo necessário que a agência reguladora contemple em seus estudos técnicos investimentos que reparem estes problemas históricos, conforme demonstra o estudo da EFVM.

No mesmo sentido, verifica-se que os estudos do caso da Rumo abrangem este último critério, ao menos segundo a decisão que prevaleceu na Corte de Contas, tendo em vista que os investimentos propostos (redução de conflitos urbanos e aumento da capacidade da malha) resolvem entraves que vêm somente aumentando ao longo dos anos, em razão da ausência de progresso nas malhas.

No processo da EFC, por sua vez, apesar de não ter sido identificado o interesse público, bem como a urgência e a relevância, os investimentos se mostraram aptos à reparação dos problemas históricos. No entanto, cumpre destacar que este não deve ser o único critério a ser considerado para a aferição da vantajosidade, devendo ser analisado em conjunto com os demais indicados no presente trabalho.

CONCLUSÃO

Vindo de um cenário de pouco direcionamento de recursos federais ao setor ferroviário que, em 2012, o Governo Federal lançou o Programa de Investimento em Logística, constando em sua segunda etapa a realização de novos investimentos nos contratos de concessão existentes. Foi nesse contexto que em 2016 foi editada a Medida Provisória nº 752, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017.

Conforme visto, a referida norma passou a autorizar a inclusão de novos investimentos nos instrumentos contratuais vigentes, por meio da prorrogação antecipada dos contratos, apresentando como requisito obrigatório que o órgão competente realize estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação frente a uma nova licitação, tendo em vista que, de acordo com a Constituição Federal, a prorrogação possui caráter excepcional, sendo a licitação pública a regra geral.

Assim, diante da inexistência de um conceito legal para vantajosidade, a escolha da alternativa regulatória que melhor atenda o interesse público é de responsabilidade da agência reguladora, que não poderá valer-se, porém, de sua discricionariedade técnica, sem a devida

motivação fática e jurídica. Como a referida tarefa é revestida de algum grau incerteza e complexidade, faz-se necessária a identificação de critérios obrigatórios a serem observados quando da aferição da vantajosidade.

À vista disso, no escopo de elaborar proposta de construção de modelo racional para a motivação do exame da vantajosidade, analisou-se no presente artigo o caso da prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista, tomando por base os estudos técnicos elaborados pela ANTT e o processo administrativo que tramitou no TCU.

O referido processo administrativo, por ter sido o primeiro a ser analisado pelo TCU, revelou entendimentos divergentes entre a unidade técnica e os julgadores. No entanto, do núcleo das controvérsias havidas nesse caso líder foi possível extrair um rol mínimo de critério obrigatórios para aferição da vantajosidade da prorrogação antecipada, quais sejam: (i) interesse público; (ii) urgência e relevância; e (iii) reparação de problemas históricos no setor ferroviário.

O interesse público deve ser demonstrado por meio da ampla apresentação da existência de benefícios econômicos e sociais, sendo que estes não precisam resultar apenas em ganhos financeiros à Administração Pública, podendo haver o seu balanceamento por meio de vantagens sociais, impactando a população diretamente afetada a partir das obras a serem realizadas na nova perna contratual. Quanto a este ponto, ressaltou-se ainda a necessidade de descrição detalhada dos benefícios, a fim de garantir que a opção pela prorrogação antecipada realmente se enquadre como a mais vantajosa dentre as alternativas existentes.

A urgência e a relevância, por sua vez, decorrem do comparativo entre a prorrogação antecipada e as demais alternativas, cabendo ao gestor identificar se tais investimentos precisam ser realizados de forma emergencial, se são efetivamente relevantes e, por fim, se justificam a renovação pelo mesmo prazo da concessão. Somente a partir dessa análise que será possível verificar se a extensão contratual, de forma antecipada, é a alternativa mais apta a assegurar a efetividade dos investimentos.

Tem-se ainda, como critério final, a reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro. Motivo central da criação do instituto da prorrogação antecipada, este critério é essencial para a resolução de entraves logísticos que existem desde a desestatização das ferrovias, tais como resolução de conflitos urbanos, aumento da capacidade da malha e implementação de novos empreendimentos ferroviários.

Nota-se, a partir do presente estudo, que a observância dos critérios obrigatórios para a aferição de vantajosidade são essenciais para que não haja uma frustração do instituto da prorrogação antecipada, visto que a escolha por esta forma de extensão contratual é utilizada

somente em casos excepcionais, em que realmente haja a comprovação de que a tomada de decisão é a mais adequada e a mais eficiente.

REFERÊNCIAS

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Relatório Anual de 2018**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2019/06/25/Relatorio_Anual_2018.pdf. Acesso em: 25 de novembro de 2019a.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Programa de Investimento em Logística**. Disponível em: <http://pilferrovias.antt.gov.br>. Acesso em: 05 de dezembro de 2019b.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Primeira etapa do Programa de Investimento em Logística**. Disponível em: http://pilferrovias.antt.gov.br/index.php/content/view/2002/PIL___Primeira_Etapa.html. Acesso em: 05 de dezembro de 2019c.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Estudos técnicos encaminhados ao Tribunal de Contas da União**. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54223/Estudos_Tecnicos___Encaminhados_a_o_Tribunal_de_Contas_da_Uniao.html. Acesso em: 04 de agosto de 2020a.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Extrato de Termo Aditivo**. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/50071/010_2016.html. Acesso em: 07 de agosto de 2020b.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Concessões Ferroviárias**. Disponível em: <https://www.antt.gov.br/concessoes-ferroviarias>. Acesso em: 17 de agosto de 2020c.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Contrato da Rumo Malha Paulista S.A.** Disponível em: <https://www.antt.gov.br/documents/359178/794216/Contrato+de+Concess%C3%A3o.pdf/c40883b9-b100-9060-c324-dbbe846e893f?t=1592936379647>. Acesso em: 17 de agosto de 2020d.

ANTF - Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários. **A evolução do Setor Ferroviário Brasileiro nos últimos 15 anos: Conquistas, Avanços e Desafios**. Disponível em: https://www.antf.org.br/wp-content/uploads/2017/01/rodrigo_vilaca-antf-menor.pdf. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Desestatizações: privatizações, delegações, desinvestimentos e parcerias**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Newton. **Os desafios da regulação do setor de transporte no Brasil**. In: Revista da Administração Pública. Rio de Janeiro, n. 34, set./out., 2000.

CNT - Confederação Nacional do Transporte. **O sistema ferroviário Brasileiro**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/Site%202015/Pesquisas%20PDF/Transporte%20e%20Economia%20E2%80%93%20O%20Sistema%20Ferrovi%C3%A1rio%20Brasileiro.pdf>. Acesso em: 9 de agosto de 2020.

DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. **Histórico**. Disponível em: <http://www1.dnit.gov.br/ferrovias/historico.asp>. Acesso em: 06 de dezembro de 2019.

DURÇO, Fábio Ferreira. **A Regulação do Setor Ferroviário brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

EPL - Empresa de Planejamento e Logística. **Plano Nacional de Logística**. Disponível em: <https://www.epl.gov.br/plano-nacional-de-logistica-pnl>. Acesso em: 09 de agosto de 2020

FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

HEINEN, Juliano. **Interesse Público: Premissas teórico-dogmáticas e propostas de fixação de cânones interpretativos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MINFRA - Ministério da Infraestrutura. **Programa de Investimento em Logística**. Disponível em: <https://infraestrutura.gov.br/conteudo/52-sistema-de-transportes/2842-concessoes-ferroviarias-programa-de-investimento-em-logistica.html>. Acesso em: 05 de dezembro de 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 7, jan./jun., 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. **Direito dos transportes ferroviários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Gesner. **Desafios da infraestrutura no Brasil**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

OLIVEIRA, Gesner; MARCATO, Fernando; CURI, André Zaitune; SOUSA, Mariana Orsini Machado; PENTEADO, Mauro Bardawil; VANZELLA, Rafael. **Avaliação da Política de Prorrogação Antecipada das Concessões Ferroviárias**. São Paulo: FGV, 2018. Disponível em: https://gei-sa.fgv.br/sites/gei-sa.fgv.br/files/u49/estudo_vantajosidade_final_grupo_de_economia_vf_limpa_.pdf. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos.**

Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27347/Carol-disserta%20a7%20a3o-final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das Ferrovias.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **As Leis nº 13.334/2016 (PPI) e 13.448/2017 e seus impactos para as concessões ferroviárias.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 16, n. 62, abr./jun., 2018.

PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. **O tempo nas Concessões de Infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação.** In: Direito da Infraestrutura. São Paulo: Editora Saraiva, volume 1, 2017.

PR - Presidência da República. **Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 752, de 2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

PR - Presidência da República. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório.** Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

SOUZA, Elaine Verdi Coutinho e; BRAGA, Aurélio Ferreira; SILVA, Marcelo Camilo da. **Proposta de ferramenta para interação entre a ferrovia e seus impactados nos centros urbanos.** Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes, 2019. Disponível em: http://www.anpet.org.br/anais/documentos/2019/Gest%C3%A3o%20de%20Transportes/Gest%C3%A3o%20do%20Transporte%20de%20Carga/6_690_AC.pdf. Acesso em: 09 de agosto de 2020.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. MS 20.432/DF. **Voto-Vista.** Ministro Mauro Campbell. Sessão de 15 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36633825&num_registro=201303056603&data=20160215&tipo=3&formato=PDF. Acesso em 17 de agosto de 2020.

STF – Supremo Tribunal Federal. ADI 5991. **Acórdão.** Ministra Carmén Lúcia. Sessão em 07 de dezembro de 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC nº 030.098/2017-3. **Acórdão nº 1446/2018**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 26/06/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1446%252F2018/%2520/%2520?ts=1597687640754&pb=acordao-completo>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 009.032/2016-9. **Acórdão nº 2876/2019**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 27/11/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/903220169.PROC/%2520/%2520>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 018.841/2019-8. **Relatório Preliminar da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária**. Emitido em 29 de novembro de 2019.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 018.841/2019-8. **Relatório da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária**. Emitido em 14 de maio de 2020a.

Tribunal de Contas da União (TCU). TC 009.032/2016-9. **Despacho**. Relator: Ministro Augusto Nardes. Proferido em 20 de maio de 2020b.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 018.841/2019-8. **Acórdão nº 1946/2020**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 29/07/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1884120198.PROC/%2520/%2520>. Acesso em: 13 de agosto de 2020c.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 018.842/2019-4. **Acórdão nº 1947/2020**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 29/07/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1947%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d0d7a000-e0c6-11ea-a522-b72c2e4c1e8b>. Acesso em: 09 de agosto de 2020d.

WALKER, José Roberto; GURGEL, Antônio de Pádua; LACERDA, Guilherme Narciso de. **Ferrovia: um projeto para o Brasil**. São Paulo: Contexto Jornalismo & Assessoria, 2005, p. 27 apud DURÇO, Fábio Ferreira. *A Regulação do Setor Ferroviário brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.