

## **ANEXO 2**

**Decisão do Tribunal de Contas da União – TCU – favorável à  
Cisão Parcial.**

## **Anexo II**

### **Identificação**

Acórdão 1010/2004 - Plenário

### **Número Interno do Documento**

AC-1010-26/04-P

### **Ementa**

Denúncia. Possíveis irregularidades praticadas pelo Ministério dos Transportes e Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Execução de contrato de concessão para exploração de serviços de transporte ferroviário de cargas celebrado entre a União Federal e a FERROBAN - Ferrovias Bandeirantes S/A, atual concessionária da Malha Paulista. Índícios da prática de subconcessão de serviço público, sem a realização de procedimento licitatório e sem prévia anuência do poder concedente, como exige o art. 26 da Lei nº 8.987/95. Conhecimento. Improcedência. Acolhimento das razões de justificativas. Arquivamento.

### **Grupo/Classe/Colegiado**

Grupo I / Classe VII / Plenário

### **Processo**

009.122/2002-0

### **Natureza**

Denúncia

### **Entidade**

Entidade: Ministério dos Transportes e Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

### **Interessados**

Interessado: identidade preservada (art. 55 da Lei nº 8.443/92)

### **Sumário**

Denúncia. Irregularidades no contrato de concessão da Ferrovias Bandeirantes S/A - Ferroban. Acordo operacional. Cisão da concessão. Audiência. Razões de justificativa. Malhas contíguas. Amparo legal. Observância do interesse público. Desnecessidade de licitação. Acolhimento. Retirada da chancela de sigilo. Envio de cópia do Acórdão, Relatório e Voto ao denunciante. Arquivamento.

**Assunto**

Denúncia

**Ministro Relator**

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

**Representante do Ministério Público**

PAULO SOARES BUGARIN

**Unidade Técnica**

SEFID - Sec. de Fiscalização de Desestatização

**Advogado Constituído nos Autos**

Álvaro Amaral de França Palma de Jorge, OAB/RJ nº 91.324, Luís Sérgio Soares Mamari Filho, OAB/DF nº 18.776, Marília Moraes Soares, OAB/DF nº 15.512, Marcello Medeiros de Castro, OAB/DF nº 3.953/E, Christiane Scabell Höhn Simões Barbosa, OAB/DF nº 2.252/A, Camila Goldberg Cavalcanti de Freitas, OAB/RJ nº 99.960, Rafael Padilha Calábria, OAB/RJ nº 108.994, Jussara Mendes Berlie, OAB/DF nº 18.102, Fernanda Barreto Miranda, OAB/SP nº 198.176, Rodrigo Eugênio Matos Resende, OAB/BA nº 832/B, Mariela Bolina, OAB/SP nº 165.486, Pedro Estevam Pinto Serrano, OAB/SP nº 90.846, Gustavo Souto, OAB/DF nº 14.717, Oscar L. de Moraes, OAB/DF nº 4.300, Paulo Cezar Aragão, OAB/RJ nº 21.560

**Dados Materiais**

TC 009.122/2002-0 (c/ 22 volumes)

**Relatório do Ministro Relator**

Adoto como relatório a instrução da Analista Carla Garcia Protásio, com a qual anuíram os dirigentes da Secretaria de Fiscalização de Desestatização:

"Trata-se de denúncia a respeito da celebração de acordos de acionistas sigilosos, às vésperas do leilão de privatização da Malha Paulista, que teriam possibilitado a participação da Ferrovia Centro-Atlântica S.A - FCA e da América Latina Logística do Brasil S.A - ALL no capital social da futura concessionária, a Ferrobán, assim como de participação da Cia. Vale do Rio Doce - CVRD, por meio de empresa intermediária denominada CAPMELISSA, no bloco controlador da Ferrobán. Na visão do denunciante, tais atos consistiram em meras manobras para 'evitar maior concorrência no leilão entre a Vale do Rio Doce/FCA, grupo Ferronorte/Ferropasa e Grupo Garantia/ALL, pelas linhas da Fepasa, em flagrante prejuízo ao erário público'.

## HISTÓRICO

2. Analisando o documento enviado pelo denunciante, em instrução de fls. 37/47 do volume principal, a unidade técnica propôs o reconhecimento da denúncia e a realização de diligência ao BNDES e à ANTT, solicitando o envio de variada documentação que permitiria a análise do caso. Em despacho de fl. 48 do volume principal, o Sr. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, em substituição ao Sr. Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça, acolheu tal proposta.

3. Os documentos solicitados foram enviados e constam das fls. 65/80 do principal. Da análise destes (fls. 82/99, vol. principal), concluiu-se que os acordos operacionais firmados entre as concessionárias Ferrobán, FCA e ALL eram legais, amparados no art. 25 da Lei 8.987/95. Quanto à realização das cisões da Ferrobán com versão parcial de patrimônio à ALL e à FCA, concluiu-se tratar de transferência de concessão, que necessita apenas de prévia autorização do poder concedente, como disposto no art. 27 da Lei nº 8.987/95.

4. Em despacho de fl. 100 do volume principal, o Sr. Ministro-Relator, Marcos Vinícios Vilaça, solicitou o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, que, em instrução de folhas 101/109 do volume principal, concluiu que as cisões realizadas implicaram na realização de subconcessão, prevista no art. 26 da Lei nº 8.987/95, sem a realização de prévio processo licitatório na modalidade concorrência. Dessa forma, aquele parquet propôs a audiência dos responsáveis à respeito da ausência de prévia anuência do poder concedente e de prévia licitação para a realização das subconcessões de trechos da Malha Paulista à ALL e à FCA, originalmente concedida à Ferrobán.

5. Por meio de documento à fl. 110, o Ministro-Relator, encaminhou os autos à Sefid. Foram promovidas audiências do Presidente da ALL, Sr. Alexandre Bering Costa, do Diretor-Geral da ANTT, Sr. José Alexandre Nogueira de Resende, do Presidente da FCA, Sr. Mauro Oliveira Dias, e do Presidente da Ferrobán, Sr. Elias David Nigri, por meio dos ofícios Sefid nº 180, 181, 182, 183 e 184/2003 (fls. 111/114, vol. principal), todos datados de 18/09/2003.

6. Por meio dos despachos de fls. 151 e 154 do volume principal, foi prorrogado o prazo concedido aos presidentes das empresas ALL, Ferroban e FCA, por quinze dias a contar do dia 8/10/2003. Já por meio do despacho de fl. 163 do volume principal, foi concedida prorrogação do prazo ao Diretor-Geral da ANTT, por 15 dias a contar do dia 16/10/2003.

7. Dentro dos prazos devidamente prorrogados, os responsáveis apresentaram suas razões de justificativa. Ao analisá-las, esta Sefid (fls. 379/380, vol. 21) entendeu haver informações que suscitavam a necessidade de ouvir em audiência o Sr. Eliseu Lemos Padilha, Ministro dos Transportes à época dos fatos, e o Sr. César Augusto Santiago Dias, Coordenador-Geral Substituto da CONJUR/MT. O primeiro, por ter autorizado, por meio de despacho publicado no DOU de 22/12/2000 (fl. 106, vol. 17), a cisão da Ferroban com versão de capital a favor da ALL. O segundo, por ter emitido a Informação Conjur/MT nº 928/2000 (fls. 336/338, vol. 21), na qual orientou o Ministro dos Transportes a deferir o pleito da cisão e, ainda, submeteu minuta de despacho para que fosse assinada e publicada.

8. As audiências foram promovidas por meio do ofício TCU nº 289/2003 (fl. 383, vol. 21) e do Aviso nº 2.550 - GP/TCU, de 12/12/2003 (fls. 387/388, vol.21). O Aviso nº 03 - GP/TCU, de 05/01/2004 (fl. 395, vol. 21), prorrogou para 19/01/2004 o prazo para encaminhamento das razões de justificativa do Sr. Eliseu Lemos Padilha.

9. As razões de justificativa foram apresentadas em 09/01/2004 (fls. 396/410, vol.22) pelo Sr. César Augusto Santiago Dias e em 30/01/2004 (fls. 420/433, vol. 22) pelo Sr. Eliseu Padilha. Dessa forma, na presente instrução, serão analisadas as audiências propostas pelo Ministério Público junto ao TCU e também as audiências propostas na instrução de fls. 379/380 do volume 21.

#### DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

10. Quanto aos acordos operacionais firmados entre as concessionárias, o Ministério Público emitiu parecer dando razão à Sefid, concluindo que se aplica ao caso o disposto no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, ou seja, que tais acordos consubstanciam terceirização de serviços pelas concessionárias, sendo, portanto, legais.

11. Em relação aos processos de cisão, o Ministério Público divergiu do parecer da Sefid proferido em instrução de fls. 82/99 do volume principal, afirmando que os casos tratam de subconcessão, prevista no art. 26 da Lei nº 8.987/95 e que, mesmo se admitindo que se tratasse de transferência de concessão, seriam necessárias a prévia anuência do poder concedente e a prévia realização de procedimento licitatório.

12. Para fundamentar seu parecer, o Sr. Procurador utilizou trechos da obra de Antônio Carlos Cintra do Amaral, que ensina: 'na subconcessão desmembra-se a concessão em duas ou mais, e na transferência muda a concessionária' e 'a subconcessionária é, a rigor, uma nova concessionária relativamente à parte da concessão original que lhe foi outorgada. Enquanto na transferência da concessão muda a concessionária - 'B' em lugar de 'A' - permanecendo a concessão, no resto, imutável'.

13. Em relação à necessidade de licitação, o mesmo autor escreveu:

'Paradoxalmente, a lei exige a realização de licitação para subconcessão (§ 1º do art. 26) e se omite em relação à transferência (art. 27).

É óbvio que, se para subconceder (cessão parcial) é necessária a licitação, com muito maior razão deve ser exigida a realização de licitação para transferência da concessão (cessão total). A transferência da concessão sem realização prévia de licitação contraria a exigência constitucional do art. 175. Também ela deve ser, portanto, precedida de licitação.

(...)

Note-se que, em sua literalidade, a norma do art. 27 pode ser entendida como não exigindo licitação para transferência da concessão. O intérprete da norma legal deve, porém, buscar um entendimento que harmonize essa norma com a ordem constitucional. Se a norma do art. 27 for entendida como permitindo a transferência da concessão sem licitação, ter-se-á que argüir sua inconstitucionalidade, na medida em que se estará admitindo, na prática, concessão sem licitação.

(...)

Trazendo essas considerações para o entendimento da norma do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, concluo, a partir da interpretação sistemática da lei, que, se a subconcessão (cessão parcial da concessão) deve ser precedida de licitação, também a transferência (cessão total da concessão) deve ser licitável, sob pena de se permitir, mediante transferência, a outorga de concessão sem prévia licitação, com burla a normas constitucionais e legais. Se em casos concretos essa licitação for impossível, deverá ser descartada a transferência da concessão, e licitada uma nova concessão. Vale dizer: não é o art. 27 da Lei nº 8.987/1995 que é inconstitucional. É a interpretação desse artigo que pode conduzir a uma aplicação inconstitucional da lei.

(...)

No silêncio do art. 27 da Lei nº 8.987/1995 quanto à obrigatoriedade de realização de concorrência para transferência da concessão, há duas possibilidades de interpretá-lo. Se entendermos que a norma legal dispensa a realização de licitação, concluiremos que ela conflita com o art. 175 da Constituição, já que a relação jurídica resultante da transferência é diversa da anteriormente estabelecida, tratando-se, portanto, de uma nova concessão. Se entendermos, porém, que não obstante o silêncio legal, a licitação é obrigatória, estaremos adotando uma 'interpretação conforme à Constituição'. Entre dois entendimentos teoricamente possíveis, devemos ficar sempre com aquele que nos permita harmonizar o comando legal com o constitucional, hierarquicamente superior.'

14. Para reforçar seu argumento, o Ministério Público trouxe também aos autos os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a favor da exigência de licitação para transferência da concessão:

'A favor dessa exigência poderiam ser apontados alguns argumentos: em primeiro lugar, a licitação erigiu-se em princípio de natureza constitucional a partir da Constituição de 1988; em segundo lugar, outro entendimento poderia significar que se exige licitação para a subconcessão, que é o menos, e não para a transferência, que é o mais; em terceiro, a contratação direta, no caso, seria um convite à burla, pois permitiria que uma empresa contratada pelo procedimento da concorrência simplesmente passasse o objeto do contrato a outra, sem atender às exigências da licitação, destinadas a atender não só aos interesses da Administração em escolher a melhor proposta, mas também assegurar a igualdade de oportunidades aos que queiram com ela contratar.'

15. Segundo o Ministério Público, fica evidente que a intenção da Ferroban foi efetuar a subconcessão de trechos à FCA e à ALL, que sub-rogaram todos os direitos e obrigações da subconcedente, conforme o § 2º do art. 26 da Lei nº 8.987/95. O descumprimento do preceito constitucional que expressamente exige o procedimento licitatório, tanto no caso da subconcessão como no da transferência de concessão, por si só, é suficiente para afastar a conclusão de que tal operação, na forma como foi realizada, atende ao interesse público.

16. O parquet ainda teceu considerações a respeito da aplicação do art. 26 da Lei nº 9.074/95 ao caso e concluiu que o mesmo não se aplica, pois se refere a entidade da Administração Indireta, e a concessão da Malha Paulista foi feita a um particular.

17. Concluiu, portanto, o Ministério Público, que, para efetuar as cisões nos autos tratadas, é necessária a prévia anuência do Poder Concedente e a prévia realização de processo licitatório. Como esses procedimentos não ocorreram, o Sr. Procurador propôs audiência dos responsáveis ou, alternativamente, que fosse determinado à ANTT prazo para anulação das cisões. A primeira proposta contou com aquiescência do Relator (fl. 110, vol. principal).

## DAS AUDIÊNCIAS

Do Presidente da FCA, Sr. Mauro Oliveira Dias.

18. Em documento de fls. 171/188 do volume principal, o Presidente da FCA, devidamente representado por advogado, apresentou suas razões de justificativa.

19. Inicia alegando que a FCA, como pessoa jurídica de direito privado, não receptora de dotação orçamentária, 'não apresenta legitimidade passiva para responder à Denúncia em testilha, podendo quando muito, atuar como mera interessada no feito, em face de direitos e interesses correlatos que possam ser afetados pela decisão a ser adotada'. Requer, dessa forma, que esta Corte efetue seu reenquadramento processual como interessada no feito, conforme o art. 9º, II, da Lei nº 9.784/99.

20. Ocorre que a Concessionária FCA, por ter sob sua responsabilidade bens da União e executar serviços públicos de transporte de carga, está sujeita à fiscalização deste Tribunal, conforme pode se depreender do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19:

'Parágrafo Único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.' (grifamos)

21. Em prosseguimento às razões de justificativa, o Presidente da FCA informa que a cisão parcial da Ferroban com versão à FCA do patrimônio relativo ao trecho ferroviário Araguari - Boa Vista Nova e de todos os direitos e obrigações previstos no Edital nº PND - 02/98/RFFSA, no Contrato de Concessão, no Contrato de Arrendamento, no Contrato de Compra e Venda e no Contrato de Transição, bem como de todos os demais direitos e obrigações, direta ou indiretamente, vinculados ao referido trecho, não foi efetivada. Alega que a decisão restou sobrestada em virtude da participação acionária da CVRD nos quadros de ambas as empresas, conforme informação Conjur/MT nº 928/2000, datada de 20 de dezembro de 2000 (fls. 336/338, vol. 21).

22. Com o intuito de dar prosseguimento ao processo de cisão parcial, a FCA e a Ferroban aditaram o pleito ao Ministério dos Transportes, acrescentando os direitos e obrigações referentes ao trecho ferroviário Vale Fértil - Boa Vista Nova e trazendo solução ao entrave societário apontado pela Conjur/MT, uma vez que tal aditamento ensejou a retirada da CVRD da participação no capital social da Ferroban.



23. Ressalta que, na Audiência Pública nº 06/2003, promovida pela ANTT entre 7 e 15 de julho de 2003, não houve qualquer manifestação de terceiros contra o pleito de cisão em comento, o que comprova a legalidade do procedimento adotado e a 'total falta de agentes privados que tenham interesse econômico na exploração dos trechos objetos da consulta'. Também destaca a existência do parecer nº 338/2002 da SEAE/MF, que recomendou ao CADE, sem restrições, a aprovação da cisão e informa que a FCA está no aguardo do término das tratativas e do posicionamento da ANTT quanto à aprovação da referida cisão.

24. Em seguida, o informante assevera que permanecem em vigor os acordos operacionais celebrados entre a FCA e a Ferroban e que os mesmos envolvem transferência de concessão e não subconcessão, já que tais acordos obrigam a FCA a encaminhar à Ferroban todos os documentos e informações referentes aos trechos sob sua responsabilidade, necessários ao cumprimento das obrigações daquela concessionária perante o poder concedente (Cláusula 3.2, alínea 'c'), sendo, dessa forma, desnecessária a ocorrência de processo licitatório para tal feito. Ressalta, ainda, que esses acordos foram considerados legais pelo Ministério Público, com fulcro no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95.

Do Presidente da ALL, Sr. Alexandre Bering Costa, e do Presidente da FERROBAN, Sr. Elias David Nigri.

25. Em documento de fls. 189/282 do volume 21, protocolado neste Tribunal em 23/10/2003, por meio de seus procuradores, os presidentes das empresas ALL e Ferroban apresentaram seus posicionamentos.

26. Os responsáveis alegam que os acordos operacionais firmados entre as duas empresas constituem contratos privados, amparados pelo art. 25 da Lei nº 8.987/95, que permite a contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. Ressalta que a Sefid e o Ministério Público também tiveram esse entendimento conforme trechos de instruções retiradas dos autos (fls. 91 e 102, vol. principal).

27. Na argumentação enviada, os responsáveis ponderam que 'ainda que se admitisse que os instrumentos seriam regidos pelo Direito Público, o fato do universo de possíveis licitantes ser previamente circunscrito, compreendendo única e exclusivamente as empresas concessionárias que exploram o transporte ferroviário da Malha Centro - Leste (FCA) e a Malha Sul (ALL), contíguos à malha paulista, implica a hipótese de inviabilidade da competição, que caracteriza hipótese de inexigibilidade de licitação'. (grifo dos autores)

28. Fundamentam a tese de inexigibilidade de licitação afirmando que o transporte ferroviário caracteriza-se por custos fixos elevados e custo marginal pouco significativo. Ressaltam que, além de barreira econômica à entrada, há barreira geográfica, devido ao fato de as malhas limítrofes do trecho serem

operadas pela FCA e pela ALL, o que impede que novo agente se disponha a entrar no mercado. Salieta que os trechos em questão são trechos "cuja paridade 'origem-destino' está fortemente integrada às malhas ferroviárias contíguas, não justificando, isoladamente, os altos investimentos necessários por parte de um eventual terceiro interessado" e que a operação por outras empresas desses trechos tornaria o negócio inviável, já que as tarifas cobradas dos usuários são inversamente proporcionais à extensão percorrida.

29. Quanto à cisão, os responsáveis confirmam que a cisão da Ferroban à favor da ALL foi executada, após aprovação pelos órgãos de defesa da concorrência, por meio do ato de concentração nº 08012.003281/2001-14, de 31/03/2003 (fls. 264/267, vol. 21), e da anuência do poder concedente, por meio de despacho de 20/12/2000, publicado no DOU em 22/12/2000 (fl. 46, vol. 19). Ressaltam que a relação entre a Ferroban e a FCA continua regulada exclusivamente pelo acordo operacional, que teve dilação de prazo por meio da celebração, em 25/06/2003, de Instrumento de Alteração do Memorando de Entendimentos (fls. 275/281, vol. 21).

30. Os responsáveis destacam que a cisão configura transferência de concessão e que o art. 26, II, da Lei nº 9.074/95 é aplicável à situação das empresas, ao contrário do que defendeu o Ministério Público, uma vez que esse artigo não se refere à entidades da Administração Indireta e remete ao estatuto geral das concessões, isto é, ao regime aplicado a todos aqueles que pretendem receber outorga para prestação de serviços públicos.

'Art. 26. Exceto para os serviços públicos de telecomunicações, é a União autorizada a:

II - aprovar cisões, fusões e transferências de concessões, estas últimas nos termos do disposto no art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995;'

31. Para fundamentar a tese de que se trata de transferência de concessão, os interessados pautam-se na obra de Marçal Justen Filho (pág. 528):

'Na cessão, produz-se a transferência da titularidade da posição jurídica de concessionário, de modo que o poder concedente passa a relacionar-se com um novo sujeito. O anterior concessionário cede sua posição jurídica para um outro sujeito, o qual assume seus direitos, deveres, encargos e vantagens. A relação jurídica de concessão permanece íntegra e objetivamente inalterada, com a peculiaridade de que um novo sujeito ocupará o pólo contratual atinente à condição de concessionária. Daí deriva a exclusão da participação do antigo concessionário, o qual deixa de ter direitos e deveres. A figura está disciplinada no art. 27 da lei de concessões.'

32. Em seguida, os responsáveis alegam que a integração dos trechos promovida pela cisão acarretou ganhos de escala aos usuários do serviço de transporte ferroviário, por melhor atender à vocação geo-econômica da região, exemplificando isso com o maior escoamento de cargas ao Porto de Paranaguá, que tem menores custos de estocagem que o Porto de Santos, beneficiando os usuários dos serviços.

Do Diretor-Geral da ANTT, Sr. José Alexandre Nogueira Resende

33. O responsável enviou suas razões de justificativa por meio do ofício nº 615/ANTT/2003, de 30/10/2003 (fls. 283/291, vol. 21).

34. Em relação à participação da ANTT nos processos de cisão, o responsável informa que o processo de cisão da FERROBAN com versão do patrimônio à ALL foi aprovado pelo Ministério dos Transportes, por despacho de 20/12/2000, publicado do DOU de 22/12/2000, antes da criação da Agência pelo advento da Lei nº 10.233/2001, e que à Agência só restou celebrar termo aditivo aos contratos de concessão e de arrendamento.

35. Já em relação à FCA, nos termos da Deliberação nº 169/2003, de 25/06/2003, a ANTT efetuou Audiência Pública, sob a forma de intercâmbio documental, para tornar pública e receber sugestões sobre a proposta de cisão parcial da Ferroban. Tal audiência encontra-se em fase de elaboração do relatório final. O responsável ressalta que não houve manifestação contrária à cisão nesse processo.

36. Dessa forma, o Diretor-Geral da Agência alega que não cabe à ANTT cancelar a cisão para a ALL e nem tão pouco cancelar ato que não foi concluído, qual seja a cisão da Ferroban à FCA.

37. O responsável esclarece que, no entendimento da ANTT, o caso de cisão trata de transferência de concessão. A agência discorda do Ministério Público quanto a não aplicação do inciso II do art. 26 da Lei nº 9.074/95 ao caso e também da arguição de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei de Concessões, uma vez que esta não foi decretada pelo Poder Judiciário. Ressalta, ainda, que esse normativo foi reforçado pelo art. 30 da Lei nº 10.233/2001:

'Art. 30. É permitida a transferência da titularidade das outorgas de autorização, concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29.

§1º A transferência da titularidade da outorga só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da respectiva Agência de Regulação, observado o disposto na alínea b do inciso II do art. 20

§ 2º Para o cumprimento do disposto no caput e no § 1º, serão também consideradas como transferência de titularidade as transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas.'

38. Alega também que a ANTT observou norma vigente e que, pelo princípio da legalidade, o agente público tem o poder-dever de implementar sua aplicação, mesmo que alguns doutrinadores considerem-na inconstitucional ou mesmo que ela o seja.

39. Finalmente, o Diretor-Geral da ANTT explana os planos e programas de revitalização do setor ferroviário em curso. Alega que a concessão da então Fepasa (Malha Paulista), após a concessão das demais malhas, impediu a integração das malhas e a formação de corredores estratégicos. Ressalta que enquanto o sistema de transporte ferroviário era estatal, a integração funcionava por meio de mecanismos que regulamentavam a interpenetração das ferrovias, tais como o direito de passagem e o tráfego mútuo. Após a delegação a agentes privados, tal relação tornou-se conflituosa. Esclarece que os acordos operacionais efetuados denotam a estratégia da Ferrobán, enquanto corredor de acesso ao Porto de Santos, de priorizar investimentos nas linhas-tronco que atendem às concessionárias Novoeste e Ferronorte. Ressalta, porém, que tais ajustes são soluções paliativas e têm gerado inconvenientes quanto aos investimentos, uma vez que conferem incertezas quanto à continuidade da operação do trecho pelas concessionárias que os exploram em função de tais acordos. Já a Ferrobán, como não tem interesse nesses trechos que a ela foram concedidos, não efetuará investimentos neles.

40. O responsável ainda informa que parecer da SEAE/MF recomendou ao CADE a aprovação do ato de concentração econômica horizontal representado pelas cisões.

41. Juntamente com suas razões de justificativa, o responsável encaminhou o documento denominado 'Programa de Integração e Adequação das Ferrovias' (fls. 352/369, vol. 21), que tem por objetivo integrar as ferrovias, com eliminação de entraves aos direitos de passagem e de operação no regime de tráfego mútuo e construir corredores operacionais dos fluxos de transportes para atendimento das exportações e da demanda interna. Entre as ações básicas do programa estão a incorporação e desincorporação de trechos, a cisão e fusão de concessionárias. Como ações a serem efetuadas pela ANTT constam a autorização da desincorporação do trecho Boa Vista Nova - Araguari da Ferrobán e incorporação do mesmo na FCA, com a saída total da CVRD da composição acionária da Ferrobán, assim como a assinatura dos aditivos pertinentes para a conclusão do processo de desincorporação de trechos da Ferrobán e incorporação na ALL.

42. Às folhas 371/376 do volume 21 consta outro documento enviado pelo Diretor-Geral da ANTT, o 'Plano de Revitalização das Ferrovias', elaborado pelo Ministério dos Transportes e pela ANTT, cuja primeira ação a ser implementada é a criação de condições básicas para o desenvolvimento ferroviário através da reorganização das concessões ferroviárias. Os objetivos do plano são: solucionar impasses existentes na formação de grupos de controle das concessionárias; viabilizar aportes de recursos de acionistas para investimentos nas malhas arrendadas; fortalecer as empresas concessionárias e possibilitar o ingresso de novos investidores; possibilitar a integração operacional entre as malhas ferroviárias e otimizar os recursos operacionais com vistas à redução dos custos de transportes e aumento da captação de cargas.

Do Coordenador da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes,  
Sr. César Augusto Santiago Dias

43. O responsável, em documentos de fls. 396/411 do volume 22, alega que o parecer da Consultoria Jurídica contido na Informação Conjur/MT nº 928/2000 foi baseado nas informações contidas na Nota Técnica nº 06/DTF/STT/MT, de 1º/02/2000, que informou que a pretensão de cisão das requerentes seria mais vantajosa para o sistema ferroviário.

44. Em relação ao atendimento dos requisitos jurídicos, o responsável alega que 'não há que se falar em proposta de subconcessão de serviços públicos sem prévia realização de processo licitatório, por força da autorização da cisão tratada na informação Conjur/MT nº 928/2000, bem assim, na referida minuta de despacho'. 'Na hipótese de ter ocorrido qualquer desdobramento que não aqueles relativos à formalização da cisão, não é do conhecimento do signatário e nem poderia ele por isso ser responsabilizado.' Reitera que não tem conhecimento sobre a celebração de instrumento que tenha por objeto a realização da subconcessão, na forma dos termos constantes do Ofício nº 289/2003 - Sefid.

45. Para reforçar sua defesa, o responsável destaca o parecer proferido pela ANTT no ofício 615/ANTT/2003, em que a Agência defende a tese de transferência da concessão e afirma que, mesmo considerado inconstitucional, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 continua em vigor e pode ser observado pelo poder concedente.

46. Finaliza afirmando que entende que, em momento algum, por intermédio da informação da Conjur/MT nº 928/2000, foi autorizada a subconcessão da malha paulista, que o objeto da citada minuta de despacho ministerial por ele elaborada foi a cisão na forma aprovada pelo órgão técnico do Ministério dos Transportes, situação que encontra respaldo legal, sendo aceito pela doutrina de juristas respeitados.

Do Ministro dos Transportes à época dos fatos, Sr. Eliseu Lemos Padilha.

47. O responsável, em documento de fls. 420/433 do volume 22, inicia suas justificativas alegando que 'todas as decisões que digam respeito aos processos de privatização de ferrovias sempre foram tomadas mediante o referendo e aprovação do Conselho Nacional de Desestatização' e que, portanto, não possui legitimidade para figurar como autoridade responsável no presente processo, haja vista que a matéria em discussão teve aprovação e referendo do Conselho Nacional de Desestatização.

48. Ainda assim, o responsável alega que solicitou parecer da consultoria jurídica do Ministério dos Transportes, que emitiu as informações CONJUR/MT nº 100/2000 e nº 928/2000, já analisadas nos autos.

49. Cita ainda que a atual jurisprudência do TCU é firme no sentido de que os agentes políticos - administradores - não podem ser responsabilizados quando fundamentam suas decisões em pareceres técnicos e jurídicos, concluindo que, por esses fatos, o responsável deve ter suas razões de justificativa acolhidas.

#### ANÁLISE E ENQUADRAMENTO LEGAL DOS FATOS:

50. Para que seja possível emitir parecer sobre as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, é necessário que se caracterize, com base na legislação vigente e na doutrina, o que ocorreu com a realização da cisão da Ferrobán com versão de patrimônio à ALL.

51. Das Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95, que regem as concessões de serviço público, observa-se que o legislador, na primeira, no art. 26, definiu a subconcessão e, na segunda, também no art. 26, o legislador tratou da cisão. São, portanto, figuras distintas.

Lei nº 8.987/95

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

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

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

Lei nº 9.074/95

Art. 26. Exceto para os serviços públicos de telecomunicações, é a União autorizada a:

I - promover cisões, fusões, incorporações ou transformações societárias dos concessionários de serviços públicos sob o seu controle direto ou indireto;

II - aprovar cisões, fusões e transferências de concessões, estas últimas nos termos do disposto no art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995;

III - cobrar, pelo direito de exploração de serviços públicos, nas condições preestabelecidas no edital de licitação.

Parágrafo único. O inadimplemento do disposto no inciso III sujeitará o concessionário à aplicação da pena de caducidade, nos termos do disposto na Lei nº 8.987, de 1995.

52. O conceito de subconcessão tratado no art. 26 da Lei nº 8.987/95, segundo os doutrinadores, é o conceito de subconcessão imprópria, uma vez que o processo de licitação na modalidade concorrência é realizado pelo poder concedente. Marçal Justen Filho, na obra Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, página 526, define:

‘O artigo 26 da Lei nº 8.987/95 disciplinou figura que, rigorosamente, não se encontra no conceito de subconcessão. A hipótese ali disciplinada envolve um vínculo formal promovido mediante a intervenção do poder concedente, por meio de licitação por ele instaurada e decidida, e que acarreta a sub-rogação de um terceiro nos direitos do concessionário. Na medida em que são gerados efeitos diretos e imediatos entre concedente e subconcessionário, surge um regime jurídico peculiar.’

53. Da leitura apenas dessa legislação, pode-se supor que a cisão da Ferrobán com versão de patrimônio à ALL caracterizou uma subconcessão, já que a última subrogou-se em todos os direitos e obrigações sobre parte do patrimônio antes da Ferrobán.

54. Ocorre que a Lei nº 8.987/95 deve ser lida em conjunto com a Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Esta Lei, em seu art. 26, inciso II, deixa claro que pode o poder concedente autorizar a cisão e a fusão de concessões. É claro, então, que a redação desse dispositivo afasta a aplicabilidade do art. 26 da Lei nº 8.987/95 ao fato em análise. A cisão de uma concessão não pode ser interpretada como uma subconcessão, sob pena de admitir-se que a Lei contém ‘letra morta’. Conforme Carlos Maximiliano em seu ‘Hermenêutica e Aplicação do Direito’ (16ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 251):

'Bem avisados, os norte-americanos formulam a regra de Hermenêutica nestes termos: 'deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula, ou sentença'. Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. Todavia é possível, e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último.'

55. Resta, então, conceituar a cisão de uma concessão. Esse conceito não se encontra em nenhum normativo. Cabe, então, por analogia, utilizar o conceito de cisão contido na Lei nº 6.404/76, a Lei das Sociedades Anônimas:

'Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

(...)

§ 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (artigo 227).'

'Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.'

56. Com base no descrito, infere-se que, no caso em análise, ocorreu a cisão parcial da concessão da antiga Malha Paulista (Ferroban), com versão de parcela do patrimônio à outra concessão, a da antiga Malha Sul (ALL). Ressalte-se que as duas concessões já existiam no momento da cisão, que ambas operam o mesmo serviço - transporte ferroviário de cargas, tendo sido habilitadas por meio dos devidos processos licitatórios e que a ALL sucedeu a Ferroban em todos os direitos e obrigações relativos ao trecho a ela incorporado, enquadrando-se perfeitamente no conceito de cisão.

57. Não há, então, que se falar em subconcessão, com as devidas vênias ao Ministério Público junto ao TCU. Ter-se-ia uma subconcessão se a Ferroban estivesse querendo transferir os direitos e obrigações em relação ao trecho cindido e a mesma procurasse o poder concedente para que este promovesse a licitação na modalidade concorrência, para que um terceiro qualquer viesse a operar o serviço e não uma concessionária já existente.

58. Surge, assim, a diferenciação entre subconcessão e cisão. É necessário levar em conta se a transferência de direitos e obrigações em relação a determinada parte de uma concessão ocorre entre duas concessionárias do mesmo serviço, sendo que ambas já passaram pelo devido processo licitatório, ou se a



transferência realizar-se-á entre uma empresa concessionária e um terceiro, que ainda não tem habilitação para operar o serviço público, tendo que ser habilitado para tal, por meio do processo licitatório. Entre empresas já concessionárias e que exploram o mesmo serviço, pode o poder concedente autorizar a cisão, com amparo no art. 26, inciso II, da Lei nº 9.074/95. No caso de transferência de parte de uma concessão para uma outra empresa não habilitada para o serviço, deve o poder concedente promover a subconcessão, em obediência ao art. 26 da Lei nº 8.987/95.

59. Como definir se a administração deve efetuar a cisão ou a subconcessão, como definidas acima? Ou seja, como a administração deve decidir se transfere parte de uma concessão para uma outra concessão já existente ou se abre processo licitatório para que um terceiro possa vir a operar o serviço? A resposta encontra-se no interesse público.

60. Se a Administração entende que é de interesse público que parte do serviço concedido seja operado por uma outra empresa concessionária do mesmo serviço, ela deve optar pela autorização da cisão.

61. E o que vem a ser o interesse público? Esse conceito, de acordo com os doutrinadores é de difícil definição. Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, pg. 51/53, comenta:

‘É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.’

(...)

O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular - interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas -, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, possível de ser tomado

como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquele que se manifesta enquanto estes - inevitavelmente membros de um corpo social - comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público - e esta já é uma primeira conclusão -, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.'

62. Do conceito anterior, infere-se que, na sua atuação, a Administração, os formuladores das políticas públicas, devem olhar para os interesses da sociedade e defini-los como o interesse público a ser buscado.

63. No art. 20 da Lei nº 10.233/2001 - Lei da ANTT e da ANTAQ - estão estabelecidos os objetivos da ANTT.

'Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I - implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;

II - regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.'

64. Diante do conceito de interesse público e dos objetivos da ANTT, no caso de transporte ferroviário de cargas, é razoável admitir que o interesse público

reside na manutenção dos trechos concedidos, uma vez que essa manutenção está expressamente prevista nos contratos de concessão, na prestação de um serviço de transporte de carga eficiente e de qualidade, com custos os mais baixos possíveis para o usuário.

65. O conceito de eficiência, na Ciência da Administração, está relacionado à relação insumo-produto. No caso, transportar a maior quantidade de carga possível com os menores custos, dado um determinado nível de qualidade. Ressalte-se que a Emenda Constitucional nº 19 inseriu no caput do art. 37 da Carta Magna o princípio da eficiência da Administração Pública. Com base nesse princípio e nos outros, cabe à ANTT e ao Ministério dos Transportes agir de acordo com o interesse público na suas áreas de atuação.

66. Sendo assim, pode-se concluir que ao optar por autorizar a cisão da Ferroban à ALL e estar tomando providências no sentido da cisão da Ferroban à FCA, o Ministério dos Transportes e a ANTT entenderam que é de interesse público que empresas concessionárias já existentes, já habilitadas à prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, quais sejam, ALL e FCA, por suas características, viessem a operar os trechos objetos das cisões em comento. E, para isso, há respaldo legal: o inciso II do art. 26 da Lei nº 9.074/95.

67. Ademais, a Lei 10.233/2001, que definiu as atribuições da ANTT, estabelece, em seu art. 30, que as transformações societárias decorrentes de cisão de empresas concessionárias são permitidas mediante prévia e expressa autorização da respectiva Agência Reguladora, observado o disposto na alínea b do inciso II do art. 20, ou seja, observado o interesse público.

68. Destaca-se que o Ministério dos Transportes e a Agência delinearão e demonstraram esse interesse público com argumentações baseadas em análise custo-benefício, custo fixo/custo variável e na localização geográfica dos trechos, demonstrando que essas empresas, por terem interesses nos mesmos, pelo fato de serem contíguos à suas malhas e importantes para o transporte de suas cargas, têm as melhores condições para operá-los, ou seja, de oferecer aos usuários um transporte de carga mais eficiente, de qualidade e com menores custos. Conforme alegado pelo Presidente da ALL (fls. 197/198, vol. 21)

Com efeito, os trechos tratados nos acordos operacionais, dada a situação geográfica dos mesmos, não poderiam ser transferidos senão para as concessionárias da Malha Sul e da Malha Centro-Leste, o que demonstra a situação absolutamente singular da ALL e da FCA.

O transporte ferroviário de carga caracteriza-se pela existência de custos fixos elevados e custos marginais pouco significativos. Isso porque a construção de redes de transporte ferroviário exige grandes investimentos em ativos fixos. Por outro lado, nos termos do parecer da Secretaria de

Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda: 'os custos marginais, por sua vez, são bastante baixos, dado que é praticamente desprezível o custo de se transportar uma unidade adicional de carga nas vias férreas já existentes'.

Nesse sentido, caso um novo agente se dispusesse entrar no mercado, além da impossibilidade geográfica, advinda do fato das malhas limítrofes serem operadas pela FCA e pela ALL, haveria também a barreira de ordem econômica.

Os trechos ferroviários cindidos só apresentam viabilidade econômica se sua operação for sinergicamente conjugada com os trechos originalmente integrantes da Malha Sul (no caso da ALL) e da Malha Centro-Oeste (no caso da FCA).

São trechos cuja paridade 'origem-destino' está fortemente integrada às malhas ferroviárias contíguas, não justificando, isoladamente, os altos investimentos necessários por parte de um eventual 'terceiro interessado'.

Ademais, como o transporte ferroviário se caracteriza por cobrir longas distâncias, sendo especificamente este um dos principais elementos que o torna uma alternativa atrativa para seus usuários, haja vista que o valor das tarifas é inversamente proporcional à extensão percorrida, a operação por outras empresas, que não a ALL e a FCA, dos referidos trechos, tornaria, potencialmente, o negócio inviável.'

69. A simples observação do desenho das malhas (fls. 436/437, vol. 22) em comento permite verificar que os argumentos apresentados são razoáveis e aceitáveis, a ponto de justificar a aprovação da cisão, com amparo no inciso II do art. 26 da Lei nº 9.074/95 e a não-utilização da subconcessão.

70. No caso da cisão da Ferroban à ALL, foram cindidos os trechos Pinhalzinho/Apiá e Iperó e entre Presidente Epitácio e Rubião Júnior. Nota-se que a ALL, por ser contígua à Malha Paulista nesses trechos, é a empresa mais indicada para operá-los. Dificilmente, num processo licitatório, existiria a possibilidade de haver uma outra empresa interessada em operar apenas esses trechos, que são curtos e provavelmente podem não compensar, do ponto de vista do retorno financeiro, os investimentos exigidos de um terceiro alheio às antigas Malhas Paulista e Sul.

71. No caso da cisão da Ferroban à FCA, que ainda não se concretizou, o trecho a ser entregue a esta última é o trecho entre Araguari e Boa Vista Nova. Com a cisão, será possível à FCA melhorar as condições de acesso de suas cargas ao Porto de Santos, oferecendo melhores serviços aos usuários. Nota-se pela figura (fl. 437, vol. 22) que é um trecho de grande interesse para a FCA e que é um trecho curto, que dificilmente despertaria interesse em uma terceira empresa para

operá-lo unicamente, em decorrência dos custos envolvidos e da provável insuficiência de retorno financeiro que apenas esse trecho traria para o investidor.

72. Além disso, pelos desenhos das Malhas (fls. 436/437, vol. 22), é razoável e aceitável que o melhor para o interesse público na área de transporte ferroviário de cargas é que as concessões já existentes, ALL e FCA, passem a operar os trechos já mencionados, originalmente concedidos à Ferrobán.

73. Somam-se aos argumentos, para delinear o interesse público, o fato de os processos de cisão não terem encontrado óbice dos órgãos responsáveis pela análise de atos de concentração econômica e os custos envolvidos na realização de um processo licitatório do qual, provavelmente, resultariam os mesmos efeitos da cisão, sendo que a legislação sobre o assunto (Lei nº 9.074/95) permite que esse custo seja dispensado pela simples autorização da cisão. Além disso, a União, com a aprovação das cisões, passa a ter relação direta com as empresas que operam os trechos e são responsáveis pela manutenção dos mesmos. Essa situação é de maior interesse que a existência de acordos operacionais, contratos privados, que fazem com que as responsabilidades sobre os trechos não sejam das empresas que os operam.

74. Ressalte-se, ainda, que, no caso da cisão ainda não concretizada, a da Ferrobán com versão de patrimônio à FCA, o interesse público, em tese, foi ratificado com a realização da Audiência Pública nº 6/2003, na qual não houve nenhuma manifestação contrária à realização da referida cisão.

75. Em relação à alegação do Ministério Público de que o artigo 26 da Lei nº 9.074/95 não se aplica ao caso - uma vez que tal dispositivo refere-se às cisões das entidades da Administração Indireta - entendemos não ser aplicável tal argumento. O inciso I do referido artigo afirma que a União pode 'promover' cisões, fusões, incorporações ou transformações societárias dos concessionários de serviço público sobre os quais detenha controle direto ou indireto. Mas, no inciso II, fica claro que a União pode 'autorizar' cisões de concessões, sem nenhuma referência à administração indireta.

76. Além disso, a posição de Marçal Justen Filho corrobora o entendimento de que cisão da concessão apenas depende de autorização do poder concedente. Ele enquadra a cisão e fusão das concessões como alteração no controle societário, que, de acordo com o art. 27 da Lei nº 8.987/95, depende apenas de prévia autorização do poder concedente. Ressalte-se que a alteração do controle societário é prevista no mesmo artigo que trata da transferência da concessão, porém não se confunde com esta. A polêmica sobre a constitucionalidade da figura da transferência da concessão não se aplica à alteração do controle societário.

'A regulação sobre a transferência do poder de controle apanha qualquer modalidade de transferência da concessão, direta ou indiretamente. É irrelevante a modalidade do negócio. Não se distinguem hipóteses de negócio gratuito ou oneroso, inter vivos ou mortis causa. Também são apanhadas as hipóteses de reorganização societária (fusão, cisão e incorporação), tanto quanto as de permuta de participações societárias, doação, alienação onerosa etc.

(...)

Não seria incorreto admitir que a alteração da composição societária é evento normal e plenamente compatível com a natureza da concessão. É tão inerente à vida da concessionária quanto o é no processo econômico empresarial, que se caracteriza por uma dinâmica subjetiva impossível de ser detida. No desenvolvimento diuturno da vida econômica, há um processo permanente de aquisições, alienações, fusões e cisões etc. nas empresas, sempre buscando a maior eficiência e a ampliação da lucratividade. Assim se passa também no âmbito das concessões de serviços públicos, que incorporam características inerentes à atuação empresarial privada.

Dito de outro modo, a alteração da composição societária da concessionária não pode ser enfocada como evento incogitável, dotado de alguma anomalia e frustrante do interesse público. Até pelo contrário, pode supor-se que esse fenômeno retrata a orientação inafastável dos negócios privados em busca de eficiência e ampliação da lucratividade. Se a modificação subjetiva não prejudicar a qualidade dos serviços prestados ou a condição do concessionário para bem desempenhá-los, nenhuma reprovação poderá fazer-se a ela. Mais ainda, se tal modificação ampliar os recursos disponíveis para o desempenho das atividades empresariais e incrementar a eficiência alocativa dos recursos, deve reconhecer-se até mesmo como desejável a alteração.'

## CONCLUSÃO

77. Diante do exposto no tópico Análise e Enquadramento Legal dos Fatos, conclui-se que a ANTT e o Ministério dos Transportes têm e tinham respaldo legal para autorizar a cisão da concessão da antiga Malha Paulista (Ferroban) com versão de patrimônio às concessões das Malhas Sul (ALL) e Centro-Oeste (FCA), desde que a decisão seja pautada no interesse público. O respaldo legal encontra-se no art. 26, inciso II, da Lei n.º 9.074/95 e no art. 30 da Lei nº 10.233/2001.

78. Na verdade, esses órgãos tinham e têm duas alternativas a serem analisadas. Primeiro, a realização de subconcessão e, segundo, a aprovação da cisão da concessão. Com base no interesse público, devidamente justificado e delineado, foi tomada a decisão de aprovar os processos de cisão.

79. Sendo assim, diante das razões de justificativa apresentadas, conclui-se que não houve afronta à legislação vigente, mais especificamente, ao art. 26 da Lei nº 8.987/95, pois os fatos tratados não se caracterizam como subconcessão de serviço público, e sim, como cisão de concessão. Dessa forma, se faz mister acolher as razões de justificativa dos responsáveis, não cabendo a aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei Orgânica desta Corte aos responsáveis e tampouco a determinação de anulação do ato de cisão já concretizado.

#### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO:

80. Diante do exposto, propõe-se:

I - com fulcro no art. 250, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, acolher as razões de justificativa do Presidente da Ferrovia Centro Atlântica - FCA, Sr. Mauro Oliveira Dias, tendo em vista que o processo de cisão da Ferrovia Bandeirantes - Ferrobán à América Latina Logística S.A - ALL não se concretizou;

II - com fulcro no art. 250, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, acolher as razões de justificativa do Diretor-Geral da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, Sr. José Alexandre Nogueira Resende, uma vez que a cisão da Ferrovia Bandeirantes - Ferrobán à América Latina Logística S.A - ALL não foi autorizada por ele e a cisão da Ferrovia Bandeirantes - Ferrobán à Ferrovia Centro Atlântica - FCA não se concretizou;

III - com fulcro no art. 250, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, acolher as razões de justificativa do Presidente da América Latina Logística - ALL, Sr. Alexandre Bering Costa, tendo em vista que efetuou a cisão com autorização do poder concedente, que agiu com amparo no art. 26, inciso II, da Lei n.º 9.074/95;

IV - com fulcro no art. 250, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, acolher as razões de justificativa do Presidente da Ferrovia Bandeirantes - Ferrobán, Sr. Elias David Nigri, tendo em vista que efetuou a cisão com autorização do poder concedente, que agiu com amparo no art. 26, inciso II, da Lei n.º 9.074/95;

V - com fulcro no art. 250, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, acolher as razões de justificativa do Sr. César Augusto Santiago Dias, Coordenador da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, por ter dado parecer favorável à autorização da cisão da Ferrobán à ALL, uma vez que tal procedimento tem amparo no art. 26, inciso II, da Lei nº 9.074/95;

VI - com fulcro no art. 250, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, acolher as razões de justificativa do Sr. Eliseu Lemos Padilha, Ministro dos Transportes à época dos fatos, por ter autorizado, mediante despacho publicado no

Diário Oficial da União de 22/12/2000, a cisão da Ferroban à ALL, ato previsto e amparado pelo art. 26, inciso II, da Lei nº 9.074/95;

VII - dar ciência aos denunciantes, ao signatário do expediente de fl. 53 do volume principal e à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT do Acórdão que vier a ser proferido, juntamente com o Relatório e Voto que o fundamentarem;

VIII - cancelar a chancela de sigiloso que recai sobre o presente feito e arquivar os autos, com fundamento no art. 236 e no inciso IV do art. 169 do Regimento Interno desta Corte.”

É o relatório.

### **Voto do Ministro Relator**

Preliminarmente, entendo que a denúncia merece ser conhecida, por preencher os requisitos de admissibilidade prescritos pelo art. 235, caput, do Regimento Interno.

2. A denúncia versa sobre acordos de acionistas firmados pela Ferrovia Centro-Atlântica S/A - FCA e América Latina Logística do Brasil S/A - ALL com a Ferroban bem como cisões da Ferroban com versão parcial do patrimônio à ALL e à FCA.

3. Em relação aos acordos operacionais, a Unidade Técnica e o Ministério Público se põem de acordo quanto à inexistência de qualquer irregularidade. De fato, o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 dá suporte a esse tipo de ajuste:

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

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

4. Quanto à cisão da Ferroban, a Unidade Técnica assinala que a previsão legal está no art. 26, II, da Lei nº 9.074/95 e no art. 30 da Lei nº 10.233/2001, bastando a aprovação do poder concedente. O Ministério Público, em parecer anterior às audiências dos responsáveis, manifestou o entendimento de



que a operação foi, na verdade, uma subconcessão, o que implicaria a necessidade de prévio procedimento licitatório, nos termos do art. 26, § 1º, da Lei nº 8.987/95.

5. Um dos pontos mais importantes da discussão relaciona-se à distinção entre cisão e subconcessão.

6. Na cisão, a sociedade originária transfere frações de seu patrimônio a duas ou mais sociedades com personalidades jurídicas distintas da sua, já existentes ou criadas para esse fim.

7. Na subconcessão, uma parte do objeto da concessão é transferida para outra empresa. Adotando o exemplo dado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, é o caso de uma concessionária que, tendo concessão para explorar dez linhas de ônibus, faz a subconcessão de duas dessas linhas. Há a necessidade de licitação, na modalidade concorrência, e o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente. Desse modo, a subconcessão nada tem a ver com alteração societária. A transferência do objeto da concessão se dá entre duas empresas distintas, mas sem que o patrimônio, ou parte dele, mude de mãos.

8. Pelas informações constantes dos autos, a Ferroban, titular originária da concessão da malha paulista, cindiu-se, vertendo parte de seu patrimônio à empresa ALL, e planeja fazer o mesmo com relação à FCA. Assim, os contornos jurídicos das operações em exame são todos característicos de uma cisão.

9. Resta determinar se há necessidade de licitação.

10. Com propriedade, a Unidade Técnica assevera que se a operação ocorrer entre duas concessionárias do mesmo serviço, e portanto já aprovadas em procedimento licitatório, basta a aprovação do poder concedente. De outro lado, se houver pretensão de transferência de direitos e obrigações entre uma empresa concessionária e outra que não tem habilitação para operar serviço público, deverá ser promovida a subconcessão dos serviços, por meio de licitação.

11. Na mesma linha segue Marçal Justen Filho, em sua obra "Teoria Geral das Concessões de Serviço Público" (Dialética, 2003), de onde transcrevo alguns trechos (pg. 532):

"A regra geral consiste na submissão da Administração ao resultado da licitação. Mas não é regra absoluta nem produz efeitos compulsórios ao longo do tempo. Como já visto, é da inerência da contratação administrativa a possibilidade de modificações no conteúdo do contrato. Ou seja, o argumento de que a prévia licitação impede modificação subjetiva no contrato administrativo prova demais. Se fosse procedente, o resultado seria a impossibilidade também de modificações objetivas. Pelos mesmos motivos, ter-se-ia de reconhecer a impossibilidade de

modificações no conteúdo da prestação contratual. No entanto, ninguém defenderia essa outra tese.

Se a existência de uma licitação não impede a modificação das prestações contratuais, então também não pode ser obstáculo a modificações no âmbito dos sujeitos contratados.

(...)

Qualquer modificação subjetiva (direta ou indireta) deve preservar a supremacia do interesse público. Selecionada uma determinada proposta por meio de licitação, ficou ela definida como a mais vantajosa para o interesse público.

Isso não significa imutabilidade das condições contratadas. Veja-se que a realização prévia da licitação não impede alteração destinada a satisfazer o interesse público. Trata-se de peculiaridade essencial do contrato administrativo, consagrada nos arts. 58, inc. I, e 65, incs. I e II, da Lei nº 8.666/93.

Portanto, a alteração subjetiva deve ser admitida quando não importar sacrifício das condições originalmente pactuadas acerca da execução do contrato. Se as condições objetivas da proposta forem mantidas, a alteração subjetiva não representará qualquer infringência ao postulado da prevalência do interesse público.

Também é óbvio que não atenderá ao interesse público alteração que beneficie sujeito destituído dos requisitos de habilitação exigidos por ocasião da licitação. Reconhece-se que nem se pode considerar proposta formulada por sujeito inidôneo. Presume-se desvantajosa a proposta apresentada por quem não reúne condições de habilitação. Portanto, somente poderá admitir-se alteração subjetiva que não conduza à supressão das condições de habilitação do contratado.”

12. Mais adiante, o doutrinador paranaense estabelece a amplitude de abrangência de seu entendimento acerca das alterações subjetivas em contratos de concessão:

“A regulação sobre a transferência do poder de controle apanha qualquer modalidade de transferência da concessão, direta ou indiretamente. É irrelevante a modalidade do negócio. Não se distinguem hipóteses de negócio gratuito ou oneroso, inter vivos ou mortis causa. Também são apanhadas as hipóteses de reorganização societária (fusão, cisão e incorporação), tanto quanto as de permuta de participações societárias, doação, alienação onerosa, etc.”

13. Os dispositivos legais que dão suporte à operação de cisão são os seguintes:

- Lei nº 9.074/95

'Art. 26. Exceto para os serviços públicos de telecomunicações, é a União autorizada a:

I - promover cisões, fusões, incorporações ou transformações societárias dos concessionários de serviços públicos sob o seu controle direto ou indireto;

II - aprovar cisões, fusões e transferências de concessões, estas últimas nos termos do disposto no art. 27 da Lei no 8.987, de 1995;

III - cobrar, pelo direito de exploração de serviços públicos, nas condições preestabelecidas no edital de licitação.

Parágrafo único. O inadimplemento do disposto no inciso III sujeitará o concessionário à aplicação da pena de caducidade, nos termos do disposto na Lei no 8.987, de 1995.'

- Lei nº 10.233/2001

'Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

II - regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Art. 30. É permitida a transferência da titularidade das outorgas de concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29. (Redação dada pela MP 2.217-3/2001)

§ 1º A transferência da titularidade da outorga só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da respectiva Agência de Regulação, observado o disposto na alínea b do inciso II do art. 20.

§ 2º Para o cumprimento do disposto no caput e no § 1º, serão também consideradas como transferência de titularidade as transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias ou permissionárias. (Redação dada pela MP 2.217-3/2001)

14. Está claro para mim que, com base nos arts. 26, II, da Lei nº 9.074/95 e 30 da Lei nº 10.233/2001, a alteração de titularidade de concessão pode ser feita por meio de cisão, sem que haja necessidade de novo procedimento licitatório. Basta a autorização do poder concedente, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29 da Lei nº 10.233/2001 (a empresa concessionária deve estar constituída sob as leis brasileiras, devem ter sede e administração no País, e atender aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela Agência reguladora), observado o art. 20, II, "b". Este último dispositivo faz referência à harmonização dos objetivos dos usuários e das empresas concessionárias, preservado o interesse público.

15. Se a Ferrovia Centro-Atlântica S/A e a América Latina Logística do Brasil S/A já são concessionárias de serviços de transporte ferroviário, é porque foram vencedoras em processos licitatórios e atendem aos requisitos estabelecidos pelo poder concedente. Portanto, a condição do art. 29 da Lei nº 10.233/2001 está cumprida. Resta examinar se as operações foram pautadas pela observância do interesse público.

16. Sob esse aspecto, ficou demonstrado pelo Ministério dos Transportes e pela ANTT a conveniência econômica da operação de cisão, com base em análise de custo/benefício, custo fixo/custo variável e na localização geográfica dos trechos. As empresas FCA e ALL, ao receber os trechos cindidos, pelo fato de os mesmos serem contíguos às suas malhas, podem obter ganhos de escala e melhores condições para operá-los, oferecendo, em consequência, um transporte de carga mais eficiente e de melhor qualidade.

17. Neste ponto, convém mencionar que a cisão da concessionária Ferrobán é uma evolução natural dos acordos operacionais celebrados com a FCA e a ALL.

18. São bastante razoáveis as alegações de que a Ferrobán se dedica a priorizar o tronco principal da malha. Daí a necessidade de tais acordos operacionais, que tiveram o objetivo de imprimir maior eficiência à exploração dos trechos concedidos. A operação de cisão da concessionária se insere nesta

estratégia. Como os acordos eram soluções paliativas, o que levava a empresa a deixar de investir nestes ramais, a cisão surgiu como solução adequada.

19. É importante mencionar ainda que os rearranjos societários promovidos pelas concessionárias estão em conformidade com o "Programa de Integração e Adequação das Ferrovias" e o "Plano de Revitalização das Ferrovias" do Ministério dos Transportes. Estes projetos têm por objetivo aperfeiçoar o sistema ferroviário brasileiro por meio da adoção de diversas medidas, entre as quais a reorganização das concessões ferroviárias, através da incorporação e desincorporação de trechos entre empresas, cisão e fusão entre concessionárias, aporte de capital e reestruturação societária.

20. Por fim, é de se ressaltar a evidente inexistência de interessados na concessão do trecho transferido à ALL e a ser transferido à FCA. Primeiro, em razão das características dos trechos cindidos, que não justificam, isoladamente, os altos investimentos necessários por parte de um terceiro. No caso da FCA, a ausência de possíveis interessados é demonstrada ainda pela ausência de manifestação na audiência pública promovida pela ANTT com o objetivo de colher sugestões de terceiros para subsidiar a decisão da Administração quanto ao pleito de cisão da Ferroban.

21. Some-se a tudo o que foi exposto os altos custos envolvidos na realização de um processo licitatório, do qual resultariam, sem dúvida nenhuma, os mesmos efeitos do processo de cisão, e chega-se à conclusão de que, ante a previsão legal dos arts. 26, II, da Lei nº 9.074/95 e do 30 da Lei nº 10.233/2001, não há razão para a realização de licitação para os trechos ferroviários provenientes da cisão da Ferroban.

Assim, acolho a proposta formulada pela Unidade Técnica e Voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões, 21 de julho de 2004.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Relator

### **Parecer do Ministério Público**

Processo TC 009.122/2002-0

Denúncia - Sigilosa

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator.

Trata-se de Denúncia versando sobre a ocorrência de possíveis irregularidades na execução do Contrato de Concessão para exploração de serviços de transporte ferroviário de cargas celebrado entre a União Federal e a FERROBAN - Ferrovias Bandeirantes S/A, atual concessionária da Malha Paulista.

2. Após a promoção das diligências junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, sugeridas na instrução técnica de fls. 37/47, a SEFID voltou a instruir o feito (fls. 82/99), promovendo minuciosa análise das questões suscitadas nestes autos.

## II

3. Inicialmente, a unidade técnica registra que "a composição do quadro societário da Concessionária vem sofrendo, desde a sua constituição e à revelia do Poder Concedente, diversas alterações" (fl. 83), em desacordo com a Cláusula Nona do Contrato de Concessão (fl. 85).

4. A SEFID observa que, embora seja de responsabilidade da concessionária a iniciativa de submissão das referidas alterações ao poder concedente, houve omissão da então Secretaria de Transportes Terrestres - STT. Entretanto, considera que a falta de estrutura da STT para fiscalizar as concessões de transporte ferroviário, reconhecida pelo TCU em outro processo, atenua a falha constatada (fls. 85/86).

5. Por outro lado, a unidade técnica verificou (fl. 86), a partir da planilha de fl. 01 - vol. 17, que a FERROBAN vem cumprindo o disposto no Capítulo 5, incisos III e IV, alínea a, do Edital de Licitação nº PND-02/98/RFFSA, que exigem do grupo controlador vencedor da licitação: manter o controle acionário da concessionária de forma que um acionista não detenha, direta ou indiretamente, mais de 20% da totalidade das ações representativas do capital votante da companhia, ao longo do prazo da concessão, salvo autorização do concedente; e incluir no estatuto social da companhia, antes da assinatura do contrato de concessão, disposição limitando a participação máxima de qualquer acionista, direta ou indiretamente, em até 20% do capital votante (fl. 60 - vol. 2).

## III

6. Outra questão que merece relevo diz respeito aos acordos operacionais firmados pela FERROBAN, em janeiro de 1999, com a Ferrovia Centro Atlântica - FCA e com a América Latina Logística - ALL (anteriormente denominada Ferrovia Sul Atlântica - FSA), concessionárias das Malhas Centro-Leste e Sul, respectivamente.

7. Inicialmente, a SEFID registra que o acordo firmado com a ALL tinha por objeto a contratação de "serviços de operação ferroviária do mencionado trecho, compreendendo operação ferroviária propriamente dita, controle, fiscalização, manutenção, conservação, recuperação e demais investimentos, serviços e atividades a que a Concessionária está obrigada, nos termos da lei, do Edital, do Contrato de Concessão e da regulamentação aplicável, ressalvados apenas a operação de locomotivas, materiais de tração e demais materiais rodantes da Concessionária, bem como outros serviços e atividades relativos a esses materiais rodantes, que serão operados diretamente pela Concessionária, não estando alocados ao Trecho" (fl. 88).

8. Questionou-se, na presente Denúncia, a legalidade desses acordos, sob o argumento de que estaria havendo, na prática, subconcessão de serviço público, sem a realização de procedimento licitatório e sem prévia anuência do poder concedente, como exige o art. 26 da Lei nº 8.987/95, in verbis:

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

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

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

9. A SEFID, trazendo a lume excerto da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Parcerias na Administração Pública*), conclui (fl. 91) que não houve subconcessão na celebração dos acordos operacionais, mas sim contratação nos termos do art. 25, § 1º, da supracitada norma legal, que estabelece, in verbis:

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

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

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

10. A partir da análise do Acordo Operacional celebrado entre a FERROBAN e a ALL, a unidade técnica observa que a concessionária não se eximiu da responsabilidade pelo cumprimento das cláusulas do Contrato de Concessão celebrado com o poder público, reservando o direito de cobrar da operadora, de forma regressiva, eventuais prejuízos que venha a sofrer se houver inadimplência. Ademais, afirma que a operadora não se sub-rogou nos direitos e obrigações previstos no edital da licitação e no contrato de concessão. Por fim, assevera que, por serem contratos de natureza privada, cujo objeto abrange atividades inerentes à concessão, não haveria necessidade de licitação e de autorização do poder concedente, não se constatando, por conseguinte, a ocorrência de prejuízo ao caráter competitivo do certame (fls. 91/92).

11. Sobre o assunto, é oportuno transcrever o seguinte trecho da obra de Marçal Justen Filho, que distingue os institutos da contratação de terceiros e da subconcessão, previstos nos artigos 25 e 26 da Lei nº 8.987/95 (Concessões de Serviços Públicos, São Paulo: Dialética, 1997, pp. 278/279):

A autorização para contratação de terceiro pelo concessionário não é ilimitada. O Concessionário não pode transferir, total ou parcialmente, a concessão a outrem, senão nas hipóteses previstas na lei e no contrato.

Contratar um terceiro, ainda que para desempenho de atividades inerentes à concessão, não caracteriza cessão ou subconcessão. Dá-se uma dessas duas figuras quando o vínculo entre concessionário e terceiro produzir transferência de faculdades indissociáveis à gestão de serviços públicos. Ademais, também se configurará cessão ou subconcessão quando o terceiro assumir (ainda que parcialmente) a gestão do serviço por conta e risco próprios.

Verifica-se a subconcessão quando o concessionário abdica dos poderes recebidos, atinentes ao desempenho do serviço concedido. Atribui a outrem aqueles encargos que havia recebido do Estado. Enfim, um terceiro assume a prestação do serviço sem sujeitar-se ao estrito controle do concessionário. O terceiro passa a escolher as condições de prestação do serviço, inclusive assumindo os riscos daí derivados.

Portanto, não se caracteriza subconcessão quando o concessionário mantém a gestão dos serviços em nome próprio, ainda quando contratar terceiros para desempenhar atividades inerentes aos serviços concedidos.

12. Cabe registrar, por oportuno, que o inciso VI da Cláusula Décima do Contrato de Concessão, estabelece que "Sem prejuízo de sua responsabilidade, a



CONCESSIONÁRIA poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido” (fls. 19/20).

13. Assim sendo, considera-se que assiste razão à SEFID, quando conclui que se aplica ao caso o disposto no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95.

#### IV

14. Com relação à questão da cisão da concessionária e, por consequência, da concessão, com a versão para o patrimônio da ALL e da FCA dos direitos e obrigações previstos no edital de licitação e nos contratos firmados pelo poder concedente com a FERROBAN, a unidade técnica, inicialmente, esclarece que:

- somente a cisão proposta pela ALL foi aprovada pelo poder concedente, pois no caso da FCA havia dúvidas a respeito da possível concentração econômica, com prejuízo para a concorrência (fl. 92);

- mesmo sem haver autorização do poder concedente, foi efetivada a cisão parcial da FERROBAN com versão à FCA do patrimônio alocado aos trechos da malha paulista de seu interesse (fls. 92/93).

15. Posteriormente, a unidade técnica formula a seguinte pergunta (fl. 93):

71. (...) Em se tratando de subconcessão de serviço público, como sustentado pela denúncia, a anuência do Poder Concedente, na forma do preceituado pelo art. 26, da Lei nº 8.987/95, não haveria de ser prévia e somente conferida após a realização de procedimento licitatório, sob pena de caducidade da concessão? Como se explicaria, então, a vigência plena dos referidos instrumentos?

16. Com vistas a responder esse questionamento, a SEFID salienta que, de acordo com o art. 26 da Lei nº 8.987/95, para haver subconcessão é necessário o cumprimento dos seguintes requisitos: expressa autorização do poder concedente, licitação e sub-rogação do subconcessionário em todos os direitos e obrigações da subconcedente. Observa, adicionalmente, que a subconcessão difere da transferência da concessão, instituto este previsto no art. 27 da referida norma legal. Ademais, ressalta que a Lei nº 9.074/95 autorizou a União a aprovar cisões, fusões e transferências de concessões (fl. 93).

17. Após analisar os elementos que dizem respeito à matéria, a unidade técnica registra que “a cisão implementada implicou na segregação do patrimônio alocado a determinados trechos da Malha sob responsabilidade da FERROBAN e sua transferência às concessionárias das Malhas Sul e Centro-leste, pessoas jurídicas distintas, que, expressamente, sub-rogaram-se em todos os direitos e

obrigações relativos a exploração dos mencionados trechos”, as quais “assumiram integral e exclusivamente a responsabilidade pelo exato cumprimento do Ajuste celebrado pela Concessionária da Malha Paulista com o Poder Público, a quem se reportarão diretamente, na qualidade de novas Concessionárias daqueles trechos” (fl. 94) [grifos nossos].

18. Diante disso, conclui a SEFID que não houve, no caso, subconcessão, mas sim transferência de concessão, “visto que a FERROBAN, em face da cisão e no que diz respeito tão somente aos trechos em alusão, será, nas suas relações como o Poder Concedente, substituída pelas referidas operadoras de transporte ferroviário que passarão a usufruir da condição de titulares da concessão naqueles trechos”. Desse modo, restaria afastada a ilegalidade apontada nesta Denúncia, vez que, no seu entendimento, “Enquanto para a subconcessão a Lei nº 8.987/95 requer licitação e prévia anuência por parte do Poder Concedente, para a transferência exige-se apenas a obtenção, pelo concessionário, sob pena de caducidade da concessão, da anuência à operação de transferência, que não precisa, portanto, ser prévia, e a satisfação, pelo pretendente, dos requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, bem como o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor cujo atendimento deverá ser aferido pelo Poder Concedente, em cada caso” [grifos nossos]. Por fim, anota que tais operações atendem o interesse público (fls. 94/95).

19. Com as devidas vênias, divergimos da supracitada conclusão da unidade técnica por entender que foram realizadas subconcessões sem o cumprimento dos requisitos exigidos pelo art. 26 da Lei nº 8.987/95 e que, mesmo que se considerasse que houve transferência de concessão, eram imprescindíveis a prévia anuência do poder concedente e a prévia realização de procedimento licitatório.

20. Para que se possa fazer uma diferenciação entre esses dois institutos - subconcessão e transferência de concessão -, compete, inicialmente, observar o que dispõe o art. 27 da Lei nº 8.987/95, in verbis:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. [Grifos nossos].

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

21. Sobre o assunto, bastante esclarecedora é a seguinte lição do mestre Antônio Carlos Cintra do Amaral, contida na obra *Concessão de Serviço Público* (2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, pp. 29/34):

### 2.5 Subcontratação, subconcessão e transferência da concessão

A questão da licitação coloca-se também em relação à subconcessão e à transferência da concessão.

Há que se distinguir subcontratação, subconcessão e transferência da concessão.

De acordo com o § 1º do art. 25 da Lei 8.987/1995, a concessionária poderá contratar com terceiros 'o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados'.

É freqüente fazer-se confusão entre subcontratação, subconcessão e transferência da concessão. Subcontratar corresponde a uma 'terceirização' efetuada pela concessionária. Na subcontratação a relação jurídica de concessão permanece imutável, assim como a responsabilidade da concessionária quanto à prestação do serviço concedido. Na subconcessão parte da concessão é desmembrada e transferida a um terceiro. Efetuada a subconcessão, ter-se-á, ao invés de uma concessão, duas ou mais concessões. Na transferência da concessão uma outra pessoa jurídica - ou consórcio de empresas - substitui a concessionária no pólo da relação jurídico-contratual. Vale dizer: Na subcontratação não há mudança na relação jurídica contratual de concessão, na subconcessão desmembra-se a concessão em duas ou mais, e na transferência muda a concessionária. [Grifos nossos].

(...)

A subcontratada tem relação jurídica exclusivamente com a concessionária. Não há relação jurídica entre ela e o poder concedente, nem com o usuário, embora possa exercer atividade diretamente referida ao usuário (por exemplo: operação de postos de pedágio em pontes ou rodovias). A subconcessionária é, a rigor, uma nova concessionária relativamente à parte da concessão original que lhe foi outorgada. Enquanto na transferência da concessão muda a concessionária - 'B' em lugar de 'A' -, permanecendo a concessão, no resto, imutável. [Grifos nossos].

A concessão pode ser cedida, portanto, parcial ou totalmente. Em ambas as hipóteses a Lei 8.987/1995 exige prévia anuência do poder concedente (arts. 26 e 27). [Grifos nossos].

## 2.6 Licitação para subconcessão e para transferência da concessão

Paradoxalmente, a lei exige a realização de licitação para subconcessão (§ 1º do art. 26) e se omite em relação à transferência (art. 27). [Grifos nossos].

É óbvio que, se para subconceder (cessão parcial) é necessária a licitação, com muito maior razão deve ser exigida a realização de licitação para transferência da concessão (cessão total). A transferência da concessão sem realização prévia de licitação contraria a exigência constitucional do art. 175. Também ela deve ser, portanto, precedida de licitação. [Grifos nossos].

Mas, se o pretendente deverá 'comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor' (parágrafo único, II, do art. 27 da Lei 8.987/1995), como julgar a licitação? Vale dizer: como desigualar as propostas? Parece-me admissível contratar empresa que ofereça melhores condições do que as constantes do contrato em vigor. Mas isso pode ser impossível. Nesse caso há impossibilidade da transferência, e não da licitação. Deve ser extinta a concessão, e realizada licitação para uma nova concessão.

Note-se que, em sua literalidade, a norma do art. 27 pode ser entendida como não exigindo licitação para transferência da concessão. O intérprete da norma legal deve, porém, buscar um entendimento que harmonize essa norma com a ordem constitucional. Se a norma do art. 27 for entendida como permitindo a transferência da concessão sem licitação, ter-se-á que argüir sua inconstitucionalidade, na medida em que se estará admitindo, na prática, concessão sem licitação. [Grifos nossos].

O jurista deve buscar um 'sentido' na norma legal que seja conforme à Constituição. Se ele, simples e comodamente, partir do entendimento de que a norma interpretada é inconstitucional, sem buscar um 'sentido' que a harmonize com a ordem constitucional, estará muitas vezes favorecendo uma aplicação inconstitucional da lei pelo administrador. Isso porque é um equívoco dizer-se que o administrador é mero executor da 'vontade' da lei. Costuma-se afirmar que ele é 'um escravo da lei'. Não se percebe que o administrador é um indivíduo concreto, que pensa e age, enquanto a lei (norma legal) é uma abstração.

O ato administrativo resulta não apenas da lei, mas também da atuação do administrador na aplicação da norma legal ao caso concreto. A discricionariedade é a regra, ao contrário do que afirma grande parte da doutrina jurídica administrativista. Quase não mais existe a hipótese de ato completamente vinculado. 'A normalidade é a discricionariedade' - diz Salvatore Piraino (La Funzione Amministrativa fra Discrezionalità e Arbitrio, p. 88).

Quando o jurista afirma que uma norma legal é inconstitucional sem ter o cuidado de examinar a possibilidade de aplicação 'constitucional' dessa norma, o

administrador não se abstém de aplicá-la. Termina fazendo-o sem critério jurídico e, em regra, praticando uma inconstitucionalidade. Não seria absurdo dizer-se que grande parte das inconstitucionalidades cometidas se deve não a uma lei inconstitucional, mas a uma atuação administrativa inconstitucional, para a qual contribui de certa maneira o jurista, que, em muitos casos, prefere 'julgar' uma lei inconstitucional ao invés de nela buscar uma solução de aplicação conforme à Constituição.

Trazendo essas considerações para o entendimento da norma do art. 27 da Lei 8.987/1995, concluo, a partir da interpretação sistemática da lei, que, se a subconcessão (cessão parcial da concessão) deve ser precedida de licitação, também a transferência (cessão total da concessão) deve ser licitável, sob pena de se permitir, mediante transferência, a outorga de concessão sem prévia licitação, com burla a normas constitucionais e legais. Se em casos concretos essa licitação for impossível, deverá ser descartada a transferência da concessão, e licitada uma nova concessão. Vale dizer: não é o art. 27 da Lei 8.987/1995 que é inconstitucional. É a interpretação desse artigo que pode conduzir a uma aplicação inconstitucional da lei. [Grifos nossos].

Vale lembrar que as normas legais devem ser interpretadas sistematicamente. E uma das modalidades de interpretação sistemática é a chamada 'interpretação conforme à Constituição', noção desenvolvida sobretudo pela doutrina jurídica alemã.

Em regra, as normas legais comportam mais de uma solução de aplicação possível, identificáveis essas soluções mediante interpretação. O jurista português Manuel A. Domingues de Andrade, em seu Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis, escreve que: 'Na generalidade dos casos, a análise puramente lingüística dum texto legal é apenas o 'começo' (Wächter), o primeiro 'grau' (Regelsberger) ou o primeiro 'acto' (Binding) da interpretação. Por outras palavras, só nos fornece o 'provável pensamento e vontade' legislativa (Binding) ou, melhor, a 'delimitação gramatical da possível consistência da lei' (Kohler), 'o quadro dentro do qual reside' o seu verdadeiro conteúdo (Regelsberger)' (p. 28).

O antigo brocardo *in claris cessat interpretatio*, ou *in claris non fit interpretatio*, é enganoso, como adverte Vittorio Frosini (Teoria de Ia Interpretación Jurídica, p. 2). Diz o autor italiano que a clareza do texto surge após a interpretação, nunca antes. Já Carlos Maximiliano escrevia, no início da década de 40: 'Sobre o pórtico dos tribunais conviria inscrever o aforismo de Celso - *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*: 'Saber as leis é conhecer-lhes não as palavras, mas a força e o poder', isto é, o sentido e o alcance respectivos. Só ignaros poderiam, ainda, orientar-se pelo suspeito brocardo *verbis legis tenaciter inhaerendum* - 'apeguemo-nos firmemente às palavras da lei'. Ninguém ousa invocá-lo; nem mesmo quem de fato o pratica' (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 16ª ed., pp. 122-123).

A 'interpretação conforme à Constituição' nada mais significa que buscar na norma legal um 'sentido' que permita sua conciliação com a norma hierarquicamente superior. Ela foi formulada pelo Tribunal Federal Alemão, como nos ensina Karl Larenz (Metodologia da Ciência do Direito, 3ª ed.), e nada mais é que uma modalidade de interpretação sistemática, como acentua Karl Engisch (Introdução ao Pensamento Jurídico, 7ª ed.).

No silêncio do art. 27 da Lei 8.987/1995 quanto à obrigatoriedade de realização de concorrência para transferência da concessão, há duas possibilidades de interpretá-lo. Se entendermos que a norma legal dispensa a realização de licitação, concluiremos que ela conflita com o art. 175 da Constituição, já que a relação jurídica resultante da transferência é diversa da anteriormente estabelecida, tratando-se, portanto, de uma nova concessão. Se entendermos, porém, que, não obstante o silêncio legal, a licitação é obrigatória, estaremos adotando uma 'interpretação conforme à Constituição'. Entre dois entendimentos teoricamente possíveis, devemos ficar sempre com aquele que nos permita harmonizar o comando legal com o constitucional, hierarquicamente superior. [Grifos nossos].

Quanto à transferência do controle societário da concessionária, esta não se confunde com a transferência da concessão. Não obstante, o edital deve regulá-la, a fim de submetê-la à aprovação prévia do poder concedente. Cabe ao poder concedente aprová-la ou vetá-la. Nunca licitá-la - o que seria, evidentemente, absurdo.

Em síntese, pode-se afirmar que as normas dos arts. 26 e 27 da Lei 8.987/1995 disciplinam três situações: a) a subconcessão, que deve ser precedida de licitação; b) a transferência da concessão, que deve igualmente ser precedida de licitação, salvo se impossível, hipótese em que a concessão deve ser extinta, promovendo-se licitação para uma nova concessão; e c) a transferência do controle societário da concessionária, que é insuscetível de licitação e deve ser aprovada previamente pela Administração. [Grifos nossos].

Ressalvo que não me escapa, a este passo, que a concessionária, diante da impossibilidade jurídica de transferir a concessão sem licitação, proceda à transferência do controle societário como meio de atingir seu objetivo. Somente uma visão extremamente rígida e formalista, porém, poderia levar a pretender licitar a transferência do controle societário da concessionária, a fim de evitar esse expediente.

22. Inicialmente, observa-se do texto supratranscrito que na subconcessão há cessão parcial da concessão, enquanto que na transferência a cessão é total. No caso concreto ora analisado, é evidente que houve uma cessão parcial, vez que parte da concessão inicial foi dividida em três concessões, ficando uma com a FERROBAN, uma com a ALL e uma com a FCA. Para haver transferência

de concessão, teria que haver a mudança da concessionária por outra, o que não ocorreu, vez que a FERROBAN continua a ser concessionária de um trecho da concessão inicial.

23.Outro aspecto relevante a ser ressaltado do aludido texto é a afirmação de que tanto no caso do art. 26 como no do art. 27, se exige prévia anuência do poder concedente.

24.Ademais, fica evidente, pela consistente interpretação conforme à Constituição dos dispositivos da Lei nº 8.987/95, que, diante do mandamento constitucional contido no art. 175, é necessária, em ambos os casos, a realização prévia de procedimento licitatório, no caso a concorrência pública.

25.Verifica-se, portanto, que, mesmo que se admitisse a ocorrência, na prática, de uma transferência de concessão - hipótese com a qual não concordamos - ainda assim deveria ter havido prévia anuência do poder concedente e prévia licitação.

26.De modo a reforçar esse entendimento, vale trazer à colação o seguinte excerto da obra *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*, da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, pp. 108/111):

4.5.3 Subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e transferência do controle acionário

A Lei nº 8.987 faz uma distinção entre, de um lado, a subconcessão e, de outro, a contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido.

O art. 25, caput, estabelece, como regra geral, que a execução do serviço concedido incumbe à concessionária, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. E, no § 1º, estabelece que 'sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados'.

Já o art. 26 admite a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. Pelo § 1º, a outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência; e, pelo § 2º, 'o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão'.

Algumas diferenças devem ser assinaladas.

A subconcessão tem a mesma natureza pública do contrato de concessão. Sabe-se que um contrato de concessão implica a outorga de determinados poderes do concedente ao concessionário, como as prerrogativas de promover desapropriações, instituir servidões, gerir recursos públicos utilizados na prestação dos serviços, exercer o poder de polícia sobre os bens objeto da concessão e outros já mencionados. As normas a que se submete o contrato de concessão são normas de direito público, o que faz da concessão um contrato administrativo e não um contrato de direito privado.

Pois bem, a subconcessão é um contrato celebrado à imagem da concessão a que se vincula. Implica, também, a outorga de poderes do subconcedente para o subconcessionário, de tal modo que este assume as mesmas prerrogativas, os mesmos encargos e as mesmas responsabilidades que o subconcedente, nos limites definidos no contrato de concessão. Por isso mesmo, a subconcessão se faz por contrato administrativo e não por contrato de direito privado. Além disso, a lei exige expressa autorização do poder concedente e licitação, sob forma de concorrência, para a subconcessão. [Grifos nossos].

Na subconcessão, é uma parte do próprio objeto da concessão que é transferida para outra empresa. Por exemplo, uma concessionária que tenha concessão para explorar dez linhas de ônibus, faz a subconcessão de duas dessas linhas. [Grifos nossos].

No caso da contratação de terceiros prevista no art. 25, não há subconcessão; o que a lei prevê é a celebração de contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros; em vez do concessionário exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, ele contrata terceiros para realizar determinadas atividades, como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, reparos etc. São os contratos de obras e serviços a que se refere a Lei nº 8.666; no entanto, por serem contratados pela concessionária e não pelo poder concedente, não se submetem às normas dessa lei; não são contratos administrativos, mas contratos de direito privado.

É o que está determinado no art. 25, § 2º, e repetido no art. 31, parágrafo único, da Lei nº 8.987; além disso, não se estabelece qualquer relação entre o terceiro contratado e o poder concedente, de tal modo que toda a responsabilidade pela execução da concessão continua em mãos do concessionário. Outro dado a realçar é que não há na lei qualquer exigência de que tais contratos sejam autorizados pelo poder concedente; o concessionário independe dessa autorização, mas ele é que responde perante o poder concedente pela prestação do serviço adequado, tal como estabelecido nas normas regulamentares e no contrato. Mesmo a licitação não é exigida para a celebração de tais contratos (a não ser que o concessionário seja empresa estatal).



O que a lei não esclarece, com relação à subconcessão, é se o próprio concessionário, sendo entidade privada, pode fazer ele mesmo a licitação para escolha do subconcessionário; e também se essa entidade privada tem competência para decretar a intervenção na subconcessionária.

Já foi dito que uma das características da concessão de serviço público é a de implicar a outorga de prerrogativas da Administração Pública ao concessionário; assim sendo, nada impede que o poder concedente, ao autorizar a subconcessão e estabelecer os limites em que será exercida, já estabeleça quem vai realizar a licitação; tanto é válido reservar para si essa prerrogativa, como outorgá-la ao concessionário. A última hipótese parece ser a mais correta, já que a relação contratual vai estabelecer-se entre o concessionário (subconcedente) e o subconcessionário. Trata-se de matéria que pode ser disciplinada pela legislação estadual e municipal. Na Lei paulista nº 7.835, de 8-5-92, a subconcessão só é autorizada quando a concessionária for entidade da Administração Descentralizada (art. 9º, § 1º), o que parece mais adequado, porque essas entidades estão parcialmente sujeitas a regime jurídico publicístico, inclusive a licitações.

Já no caso da intervenção, também deve o poder concedente, ao autorizar a subconcessão, estabelecer as regras da intervenção, porém reservando para si a prerrogativa de decretá-la, já que o parágrafo único do art. 32 estabelece que a intervenção far-se-á por decreto do poder concedente; sendo o decreto uma medida da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, só pode a intervenção ser decretada por essa autoridade. Vale dizer que o concessionário, entendendo que é caso de intervenção na subconcessionária, deverá representar ao poder concedente para que decrete a medida.

Quanto à transferência da concessão, a Lei nº 8.987 quase nada estabelece. Sabe-se que a transferência significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências da Lei 8.987, expressas no art. 27, são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, e a de que o pretendente atenda às seguintes exigências: satisfaça os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Nada diz sobre a exigência de licitação. A favor dessa exigência poderiam ser apontados alguns argumentos: em primeiro lugar, a licitação erigiu-se em princípio de natureza constitucional a partir da Constituição de 1988; em segundo lugar, outro entendimento poderia significar que se exige licitação para a subconcessão parcial, que é o menos, e não para a transferência, que é o mais; em terceiro, a contratação direta, no caso, seria um convite à burla, pois permitiria que uma empresa contratada pelo procedimento da concorrência simplesmente

passasse o objeto do contrato a outra, sem atender às exigências da licitação, destinadas a atender não só aos interesses da Administração em escolher a melhor proposta, mas também assegurar a igualdade de oportunidades aos que queiram com ela contratar. [Grifos nossos].

O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita 'sempre através de licitação'; ora, sendo o concessionário eleito por um procedimento licitatório, admitir-se a possibilidade de transferência pura e simples da concessão mediante simples autorização do poder concedente, significaria admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória. [Grifos nossos].

Diferente é a hipótese de transferência do controle societário da concessionária, pois, nesse caso, não existe alteração na pessoa do concessionário, já que os sócios possuem personalidade jurídica distinta da entidade.

Em princípio, não há impedimento à transferência do controle acionário, devendo ser observada a norma do art. 27, parágrafo único, da Lei nº 8.987, que exige anuência do poder concedente; além disso, a transferência do controle acionário deve ser feita de tal modo que não afete as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à prestação do serviço. (...).

27. Ao final desta análise, fica evidente que a intenção da FERROBAN foi a de promover a subconcessão, vez que procurou ceder partes do trecho que lhe foi originalmente concedido à ALL e à FCA, as quais se sub-rogaram todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão, consoante prevê o § 2º do art. 26 da Lei nº 8.987/95.

28. No entanto, a operação realizada somente seria possível se houvesse prévia autorização do poder concedente e prévia licitação, o que não ocorreu na prática.

29. A propósito, cabe consignar que o inciso IX da Cláusula Décima do contrato de concessão, estabelece, como direito da concessionária, "Estudar a(s) subconcessão(ões) parcial(is) da MALHA PAULISTA, objetivando a melhoria do serviço nas interfaces com as malhas suas tributárias diretas e submeter projeto tecnicamente fundamentado para aprovação da CONCEDENTE, obedecendo, em tudo, as disposições da legislação aplicável" (fls. 19/20).

30. Não obstante as considerações finais da unidade técnica sobre a matéria (fl. 95), entende-se, data venia, que o descumprimento do preceito

constitucional que expressamente exige o procedimento licitatório, tanto no caso da subconcessão como no da transferência de concessão, por si só, é suficiente para afastar a conclusão de que tal operação, na forma como foi realizada, atende o interesse público.

31.Finalmente, vale tecer algumas considerações sobre a aplicação da Lei nº 9.074/95 ao caso em análise, aventada pela unidade técnica à fl. 73:

32.Cabe reproduzir, a propósito, o inteiro teor do art. 26 da aludida norma legal, in verbis:

### Capítulo III

#### DA REESTRUTURAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

Art. 26. Exceto para os serviços públicos de telecomunicações, é a União autorizada a:

I - promover cisões, fusões, incorporações ou transformações societárias dos concessionários de serviços públicos sob o seu controle direto ou indireto;

II - aprovar cisões, fusões e transferências de concessões, estas últimas nos termos do disposto no art. 27 da Lei no 8.987, de 1995;

III - cobrar, pelo direito de exploração de serviços públicos, nas condições preestabelecidas no edital de licitação.

Parágrafo único. O inadimplemento do disposto no inciso III sujeitará o concessionário à aplicação da pena de caducidade, nos termos do disposto na Lei no 8.987, de 1995.

33.Sobre o assunto, é oportuno trazer à colação o entendimento do professor Marçal Justen Filho a respeito da abrangência e das implicações do mencionado dispositivo (ob. cit., pp. 445 e 447):

O capítulo III fornece instrumentos jurídicos à União, para execução de um programa de reestruturação dos serviços públicos 'concedidos'. Ressalte-se que, rigorosamente, o programa não abrange serviços públicos concedidos, mas delegados à Administração indireta. Ou seja, as providências contidas nos diversos dispositivos pressupõem a sujeição das entidades que desempenham os serviços públicos ao poder de controle da União. São aqueles entes da Administração indireta, constituídos sob forma de sociedades de economia mista e empresas públicas. Tais entidades foram utilizadas pela União para fins de prestação de serviços públicos federais. São mero prolongamento da estrutura administrativa

estatal e, pelos motivos indicados nos comentários ao art. 2º, não se constituem em concessionárias de serviços públicos no sentido próprio da expressão. Diante da necessidade de atribuir a prestação dos serviços públicos à iniciativa privada, a União necessita reorganizar essas entidades. Poderia determinar sua extinção, ainda que tal importasse riscos jurídicos acessórios. Optou pela adoção de medidas que, sem eliminar imediata e integralmente as entidades administrativas prestadoras de serviços públicos, propiciasse o ingresso de capitais privados no setor dos serviços públicos federais.

Antes de ir avante, reitere-se que a União não dispõe de poderes jurídicos para intervir no âmbito de pessoas de direito privado autônomas. As garantias constitucionais da livre iniciativa e dos poderes de associação privada impedem a intromissão estatal nesse setor. Logo, nenhuma lei poderia atribuir tais faculdades à União. Haveria possibilidade de exercício de poderes exorbitantes, alterando-se as condições de execução do serviço. Para tanto, sequer seria necessária autorização legislativa.

(...)

A autorização contida no inc. II não importa uma espécie de consagração genérica para contratação direta, sem prévia licitação. A regra do art. 175 da CF/88 não poderá ser frustrada através da via de transferir concessões. O princípio da isonomia assegura amplo acesso de todos os interessados à disputa pela prestação dos serviços públicos. Portanto, a transferência da concessão pressupõe propiciar a competição entre os potenciais interessados, seguindo procedimento licitatório.

Observe-se que o Capítulo III disciplina hipóteses diversas daquelas abrangidas, genericamente, no art. 27 da Lei nº 8.987. A diferença fundamental reside na natureza do vínculo existente. O art. 27 da Lei nº 8.987 refere-se a concessões típicas, outorgadas a um particular para desenvolvimento dos serviços públicos por conta e risco próprios. O Capítulo III toma em vista as concessões impropriamente ditas, onde a prestação do serviço continua no âmbito da Administração Pública. No primeiro caso, o serviço já se encontra no âmbito privado e a transferência da concessão apenas produz a alteração do concessionário. No caso do art. 26 da Lei nº 9.074, a transferência representa modificação estrutural e essencial do vínculo jurídico existente. A prestação do serviço será retirada da órbita estatal e passará a um particular. Aquilo que era uma concessão imprópria transformar-se-á em concessão própria, tal como se apontará a propósito do art. 27 da Lei nº 9.074.

34.À luz da supracitada manifestação, fica evidente, portanto, que o disposto no art. 26 não se aplica ao caso concreto ora examinado, vez que a concessão da Malha Paulista foi outorgada a um particular.

35. De se ressaltar, ademais, a afirmação do autor de que a autorização prevista no inciso II do art. 26 da Lei nº 9.074/95 não afasta a necessidade de realização de prévio certame licitatório.

36. Desse modo, tendo em vista o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, propugna-se pela realização de audiência dos responsáveis para que apresentem a este Tribunal razões de justificativa a respeito da ausência de prévia anuência do poder concedente e de prévia licitação para a realização das subconcessões de trechos da Malha Paulista.

37. Por outro lado, tendo em vista a hipótese de que esta Corte não acolha a medida preliminar supracitada, propõe-se, alternativamente, a fixação de prazo para que sejam adotadas providências com vistas ao exato cumprimento da Constituição Federal e da legislação correlata.

#### V

38. Com relação aos demais questionamentos contidos na Denúncia, de que "auditores independentes, contratados pela FERROBAN, estariam violando normas da Comissão de Valores Mobiliários - CVM e do Instituto Brasileiro de Contabilidade - IBRACON, ao não promoverem a contabilização dos valores recebidos pela FERROBAN, em razão do acordo celebrado com a FCA, visando a exploração de trechos da Malha Paulista, com prejuízo ao fisco, haja vista o não recolhimento do imposto de renda sobre tais valores"; e de que a diretoria da FERROBAN estaria praticando "atos ilegais em detrimento de direitos individuais e coletivos de trabalhadores da ferrovia paulista" (fl. 95), considera-se que assiste razão à SEFID quando conclui que tais matérias refogem à competência deste Tribunal.

#### VI

39. Ante todo o exposto, este representante do Ministério Público manifesta-se no sentido de que, preliminarmente, seja promovida a audiência do Diretor-Geral da ANTT e dos representantes legais das empresas FERROBAN, FCA e ALL, para que se pronunciem a respeito da ausência de prévia anuência do poder concedente e de prévia licitação para a realização das subconcessões de trechos da Malha Paulista, originalmente concedida à FERROBAN.

40. Por outro lado, caso esta Corte entenda despicienda a medida preliminar supracitada, propõe-se, alternativamente, que a presente Denúncia seja considerada parcialmente procedente e que, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/92, seja fixado prazo para que a ANTT adote as medidas cabíveis com vistas à anulação das subconcessões de trechos da Malha Paulista à ALL e à FCA, tendo em vista a ausência de prévia

autorização do poder concedente e de prévia licitação, contrariando o disposto no art. 175 da Constituição Federal e art. 26 da Lei nº 8.987/95.

Ministério Público, em 16 de setembro de 2003.

PAULO SOARES BUGARIN

Subprocurador-Geral

### **Acórdão**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de denúncia de irregularidades na execução do contrato de concessão administrado pela Ferroban - Ferrovias Bandeirantes S/A.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 - conhecer da denúncia para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2 - acolher as razões de justificativa dos responsáveis;

9.3 - encaminhar cópia deste Acórdão bem como do Relatório e Voto que o fundamentam ao denunciante;

9.4 - cancelar a chancela de sigiloso que recai sobre o presente feito, mantendo-o com relação ao denunciante, com fundamento no art. 236 do Regimento Interno desta Corte;

9.5 - arquivar os autos.

### **Quorum**

12.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça (Relator), Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira e os Ministros-Substitutos Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

### **Publicação**

Ata	26/2004	-	Plenário
Sessão			21/07/2004
Aprovação			28/07/2004
Dou 02/08/2004 - Página 0			

### **Referências (HTML)**

Documento(s):TC 009.122.doc

### **Indexação**

Denúncia; Ministério dos Transportes; ANTT; Execução de Contrato; Concessão de Serviços Públicos; Concessionária de Serviços Públicos; Prestação de Serviços; Execução de Obras e Serviços; Serviços de Transportes; Secretaria Nacional de Transportes; Ferroviário; Pronunciamento da Autoridade Competente; Autorização;