

**BNDES – INCLUSÃO DE CONCESSÃO EM DATA POSTERIOR À
PUBLICAÇÃO DO EDITAL DE PRIVATIZAÇÃO
Acompanhamento - Programa Nacional de Desestatização.
Rede Ferroviária Federal S.A - Malha Paulista**

Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto

Grupo I – Classe V – Plenário

TC-005.863/98-8

Natureza: Acompanhamento - Programa Nacional de Desestatização. Rede Ferroviária Federal S.A - Malha Paulista

Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES - Gestor do Fundo Nacional de Desestatização

Responsável: André Pinheiro de Lara Rezende (Presidente do BNDES)

Ementa: Acompanhamento do processo de desestatização da Malha Paulista - Rede Ferroviária Federal S.A. Inclusão da concessão de ponte rodoferroviária associada à desestatização da referida Malha em data posterior à publicação do edital de privatização. Preço mínimo inalterado. Previsão de definição do valor de pedágio para momento posterior ao leilão. Inobservância das normas legais que regem a matéria. Determinações.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução da 3ª Divisão Técnica da 9ª SECEX (fls. 151/157):

“Cuidam os autos do processo de desestatização da Rede ferroviária Federal S.A. – RFFSA, incluída no Programa Nacional de Desestatização - PND pelo Decreto nº 473, de 10.03.92, concernente à privatização da Malha Paulista.

2. Para fins da privatização, inicialmente o sistema ferroviário operado pela RFFSA foi dividido em seis malhas: Malha Sul, Malha Teresa Cristina, Malha Centro-Leste, Malha Nordeste, Malha Oeste e Malha Sudeste. Neste ano, a Ferrovia Paulista - FEPASA foi transferida para a União ao longo do processo de renegociação da dívida do Banco do Estado de São Paulo – BANESPA. O Decreto nº 2.502, de 18.02.98, autorizou a incorporação da FEPASA à RFFSA com a consequente extinção da primeira. O conjunto de ativos operacionais incorporados pela RFFSA passou a ser designado de Malha Paulista.

3. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, designado Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, lançou o Edital nº PND – 02/98/RFFSA objetivando, mediante de leilão, licitar a concessão onerosa do serviço

público de transporte ferroviário na Malha Paulista, cumulada com o arrendamento de bens operacionais e a venda de bens de pequeno valor da RFFSA vinculados à referida ferrovia. O Edital destaca, ainda, que a concessão abrange o transporte ferroviário atualmente realizado pela RFFSA na Malha Paulista e o direito de a concessionária, a seu critério e por sua conta e risco, sem no entanto obrigá-la a realizá-la, vir a executar obra pública para construir e explorar o mesmo transporte no prolongamento da via permanente da Malha Paulista até o Porto de Santos.

4. O preço mínimo contido no Edital para esse objeto foi de R\$230.416.000,00 (duzentos e trinta milhões, quatrocentos e dezesseis mil reais), fixado pela Resolução CND nº 08/98, de 25.06.98, do Conselho Nacional de Desestatização - CND. Devido a inclusão de outros bens operacionais no objeto de desestatização, notadamente mais 53 Km de via permanente, em 12.10.98, mediante a Resolução CND nº 10 (fl.30), foi revisto o preço mínimo para a Malha Paulista fixado no Edital, sendo tal decisão objeto do Comunicado Relevante nº 2/98/RFFSA (fls.17/19) O novo valor passou a ser de R\$233.378.000,00 (duzentos e trinta e três milhões, trezentos e setenta e oito mil reais).

5. Durante inspeção deste Tribunal na Malha Paulista, autorizada pelo Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto, no despacho de fl.127, a equipe de auditoria tomou conhecimento do Comunicado Relevante nº 6/98/RFFSA (fls.145/147) alterando substancialmente o objeto do Edital PND nº 2/98/RFFSA. O Comunicado acrescentou ao objeto a exploração, pelo novo concessionário, do modal rodoviário da PONTE RODOFERROVIÁRIA sobre o Rio Paraná.

6. A PONTE RODOFERROVIÁRIA sobre o Rio Paraná, que une o Estado de São Paulo ao Estado do Mato Grosso do Sul, tem 2.600 m (metros) de extensão, aos quais se somam 1.170 m de viadutos de acesso. A ponte foi construída em dois níveis. O nível inferior abriga a ferrovia e o superior o tabuleiro rodoviário de 17,40 m de largura. Dados obtidos na Malha Paulista indicam que o tráfego médio na ponte, nos dias 17 e 18.07.98, perfizeram 1.500 veículo/dia/sentido. Já no trecho Jales a Santa Fé do Sul, próximo à ponte, a média registrada nos dias 19 e 20.08.98 foi de 2.070 veículo/dia/sentido. Observa-se que a aludida ponte foi inaugurada recentemente e já atinge, segundo informações verbais obtidas na Malha Paulista, tráfego estimado para ser alcançado após dois anos de sua inauguração.

7. Deve ser enfatizado que, de acordo com o supra comunicado, a concessionária poderá cobrar, dos usuários do modal rodoviário da PONTE RODOFERROVIÁRIA, pedágio previamente aprovado pelo poder concedente (União Federal, por intermédio do Ministério dos Transportes), que constituirá receita operacional da exploração deste modal, destinada a cobrir custos de administração, arrecadação do pedágio, controle de cargas sobre eixo e manutenção do modal, bem como amortizar os investimentos adicionais previstos na Cláusula Nona da Minuta do Contrato de Concessão (anexo do Edital).

8. Ressalte-se que a inclusão da exploração do modal rodoviário da PONTE RODOFERROVIÁRIA não acarretou alteração no preço mínimo fixado para a desestatização da Malha Paulista e, ainda, não nos parece razoável que a exploração

da concessão de modal rodoviário seja atividade associada à exploração do transporte ferroviário (Volume III).

9. Por intermédio de contatos telefônicos junto ao BNDES e ao Ministério dos Transportes, fomos informados que a justificativa para inclusão da PONTE RODOFERROVIÁRIA fundamenta-se na dificuldade de ratear-se os custos de manutenção e de investimentos a serem exigidos ao longo do tempo. Tal fundamentação não é aceitável, haja vista o seguinte: se o leilão de privatização tivesse ocorrido em 09.09.98, conforme previsto inicialmente no Edital, a concessão da ponte teria que ser efetuada à parte, em outro momento, o que aumentaria sensivelmente a competitividade, acudindo maior número de interessados; os custos de manutenção podem ser rateados sem dificuldade entre o modal ferroviário e o rodoviário, bastando considerar os esforços de carga resultantes dos tráfegos de cada modal, proporcionalmente. A facilidade de implementar esta segunda possibilidade foi contemplada no Comunicado Relevante nº 6/98/RFFSA quando acrescenta à Cláusula Sétima da Minuta do Contrato de Concessão o Parágrafo 6º que obriga a concessionária a contabilizar em contas distintas as receitas, os custos e os investimentos relativos a cada modal da PONTE RODOFERROVIÁRIA, distribuindo os custos comuns referentes à manutenção da estrutura da ponte proporcionalmente entre o modal ferroviário e o modal rodoviário.

Aspectos legais associados às concessões de serviços públicos de obras rodoviárias

10. O instituto da concessão de serviços públicos está disciplinado em nossa Carta Magna pelo art. 175, o qual dispõe: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

11. O aludido artigo foi regulamentado por meio das Leis 8.987, de 13.02.95 e 9.074, de 07.07.95. Essa última lei – 9.074/95 – define em seu art. 1º que o serviço de vias federais, precedidos ou não de obras públicas, sujeitam-se ao regime de concessão, ou quando couber, de permissão, nos termos da Lei 8.987/95.

12. Deste modo, impõe-se analisar a concessão da ponte rodoviária em tela à luz dos ditames da Lei 8.987/95.

13. Inicialmente, cumpre registrar que a Lei 8.987/95 discrimina, dentre outras questões relevantes, a política tarifária, os critérios de licitações aplicáveis e as cláusulas essenciais de um contrato de concessão e as aplicáveis ao edital de licitação.

14. No que tange à política tarifária, o art. 9º da mencionada lei estabelece que :

"Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato." (grifo nosso)

15. Sobre o tema, o comunicado relevante N° 06/98/RFFSA (fls.145/147) incorpora em uma das cláusulas do edital de privatização o seguinte texto:

Item 2.5, em seu final: Inclui-se o seguinte texto: "A CONCESSIONÁRIA, para cobertura das despesas de manutenção do modal rodoviário da PONTE RODOFERROVIÁRIA, poderá cobrar pedágio, previamente aprovado pela CONCEDENTE, obedecidas as normas legais sobre a matéria, em particular as diretrizes traçadas pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, sem que caracterize receita alternativa, devendo corresponder à recuperação dos custos operacionais, incluindo manutenção, arrecadação do pedágio e controle de cargas de eixos, obedecidas as seguintes diretrizes:

- os investimentos adicionais necessários à operação da PONTE RODOFERROVIÁRIA e à cobrança de pedágio deverão ser amortizados pelo pedágio a ser arrecadado dos usuários;
- os custos comuns, referentes à manutenção da estrutura da PONTE RODOFERROVIÁRIA, deverão ser compartilhados proporcionalmente entre o modal ferroviário e o modal rodoviário." (grifos nossos)

16. Sob nosso entendimento, o texto incluído no edital afronta o prefalado art. 9º da Lei 8.987/95, ao deixar a definição do valor do pedágio para um momento posterior ao leilão, diferentemente do que ocorreu no caso da concessão ferroviária, em que o Edital apresenta os níveis máximos de tarifas que podem ser praticados pelo concessionário. O contrato de concessão apresenta cláusula no qual a concessionária manifesta sua concordância em praticar, no máximo, as tarifas indicadas no anexo do contrato.

17. Cumpre destacar que a fixação do pedágio considerando tão somente a cobertura de custos se apresenta como de difícil implementação, ainda mais em uma ponte recém inaugurada como esta, com tráfego significativo, conforme já mencionado, e onde os custos de manutenção nos primeiros anos devem ser reduzidos. Necessariamente, a arrecadação do pedágio gera uma receita para o concessionário em ritmo diferente dos dispêndios associados com os custos operacionais, o que lhe proporcionará saldos de caixa e, portanto, a possibilidade de ter lucro com o negócio. Haveria necessidade de revisões de pedágio praticamente a cada mês caso, efetivamente, fosse adotada a premissa de que o valor arrecadado seria tão somente o suficiente para recuperar os custos.

18. Para embasar a premissa de que a arrecadação somente serviria para recuperar custos, a minuta do contrato de concessão (Volume III) prevê em sua cláusula oitava, subcláusula 8.2 que a qualquer momento poderá haver uma revisão no valor do pedágio de sorte a propiciar que a sua arrecadação seja feita no montante equivalente aos custos operacionais da citada ponte. Tal fato exigiria um esforço de fiscalização muito significativo, praticamente constante, a fim de evitar que o concessionário se aproprie de receita maior que os custos.

19. Essa modalidade de fixação de pedágio, teoricamente sem lucro para o concessionário, não está prevista na legislação, pois é sabido que ninguém se disporia a prestar um serviço público sem remuneração, como induz o texto do comunicado relevante.

20. Esta premissa de que a concessão não ensejaria lucro para o concessionário, sob nosso entendimento equivocada, conduziu à não alteração do preço mínimo fixado pelo Conselho Nacional de Desestatização para a Malha Paulista. Ou seja, considerou-se que esta concessão rodoviária não tem valor.

21. Em relação a essa questão, o art. 17 da Lei 8.666/93 determina, nos casos de alienação de bens públicos, a prévia avaliação. Sendo a concessão um bem público intangível, não poderia deixar de ser avaliado previamente ao leilão de alienação. No mesmo sentido, a Lei 9.491, de 09.09.97, que "Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências" estabelece em seu art. 11 a necessidade de constar do Edital o critério de fixação do valor de alienação, com base nos estudos de avaliação.

22. Em casos como esse, é fundamental a apresentação de um fluxo de caixa futuro discriminando receitas e custos estimados durante todo o período de concessão. Tal fluxo de caixa deveria ser incorporado àquele já elaborado pelos consultores contratados pelo BNDES para a privatização da malha paulista da RFFSA, uma vez que tanto a concessão ferroviária quanto a rodoviária farão parte da mesma oferta durante o leilão de privatização. A partir desse novo fluxo de caixa seria possível avaliar efetivamente o impacto dessa concessão rodoviária sobre o preço mínimo da malha paulista da RFFSA.

Do encaminhamento das informações ao TCU

23. No exame das concessões de serviço públicos, a fiscalização do Tribunal de Contas da União está regulamentada pela Instrução Normativa nº. 10, de 22.11.95. Essa instrução normativa determina em seu art. 4º que o poder concedente deva encaminhar ao Tribunal, 30 dias antes da publicação do Edital, as seguintes informações:

"Exame da viabilidade da concessão ou da permissão:

a) estudos da viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados; (grifo nosso)

b) estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;"

24. Tais documentos até a presente data não foram encaminhados para o Tribunal, havendo portanto descumprimento da aludida instrução normativa. Caso esses estudos não sejam encaminhados previamente à licitação, esta Corte de Contas teria dificuldades em acompanhar a concessão em tela, notadamente no que tange ao efetivo cumprimento por parte do concessionário das obras necessárias para a adequada preservação do bem público objeto da concessão e da modicidade tarifária consubstanciada na cobrança de um pedágio adequado, nos termos preconizados pelo art. 9º da Lei 8.987/95.

Conclusão

25. Entendemos que, tendo em vista a necessidade de serem sanadas as irregularidades detectadas, seria prudente que o Tribunal determinasse ao gestor do processo de desestatização - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) - a adoção de medidas corretivas, no menor prazo possível, para que não haja necessidade de novo adiamento no leilão da Malha Paulista da RFFSA.

26. Entendemos que, consoante determinação do art. 17 da Lei 8.666/93 c/c os arts. 11 e 18, inciso VIII, da Lei 9491/97, devam ser encaminhado ao Tribunal novo fluxo de caixa da malha paulista, desta feita incorporando as receitas e custos associados à concessão rodoviária recentemente incluída no objeto de venda. A partir daí poderá esta Corte de Contas avaliar os impactos dessa inclusão no preço mínimo anteriormente fixado durante a análise do quarto estágio da privatização da Malha Paulista, conforme dispõe a Instrução Normativa nº 07/98.

27. Igualmente, entendemos imperiosa a remessa dos documentos aludidos na Instrução Normativa Nº 10/95, referentes aos estudos associados à concessão rodoviária incluída no objeto de venda da Malha Paulista pelo Comunicado Relevante Nº 06/98/RFFSA (fls.145/147).

28. Em caso de dificuldades para a regularização do feito com adoção dessas medidas, entendemos que para não propiciar novo adiamento do leilão, o BNDES poderia retirar essa concessão do objeto de venda da Malha Paulista.

29. Assim, na forma proposta, não haveria motivos para novo adiamento. Entendemos que a situação financeira por que passa a Malha torna importante que a desestatização ocorra no dia 10 de novembro, data atualmente fixada para o leilão. Ademais, as medidas a seguir propostas, se executadas rapidamente, não trariam empecilhos para a realização do leilão.

Ante todo o exposto, nos termos do parágrafo único do Art. 4º da IN TCU nº 07/94, propomos o encaminhamento urgente dos autos à consideração do Exmo. Sr. Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto, sugerindo que, tendo em vista a competência do Tribunal fundamentada nos arts. 1º (incisos II e IV e § 1º), 5º e 41 da Lei nº 8.443 de 16.07.92:

- seja determinado ao BNDES, na qualidade de gestor do Fundo Nacional de Desestatização, que:

- inclua no edital de alienação PND 02/98/RFFSA o valor de referência do pedágio rodoviário da PONTE RODOFERROVIÁRIA sobre o Rio Paraná, consoante o disposto no art. 9º da Lei 8.987/95 e realize novas estimativas de preço mínimo referente à Malha Paulista e à concessão rodoviária, nos termos do comunicado relevante nº 6/98, incorporando no fluxo de caixa projetado pelos serviços "A" e "B" as receitas, os custos operacionais e os investimentos referentes à ponte rodoviária, encaminhando os valores obtidos para deliberação do CND ou exclua a concessão da ponte rodoviária do objeto de venda associado à Malha Paulista da RFFSA;

- encaminhe ao Tribunal, consoante o disposto no art. 18, inciso VIII, da Lei 9491/97:

- no prazo de três dias úteis, os documentos referentes ao primeiro estágio da Instrução Normativa TCU Nº 10/95 associados à exploração do modal rodoviário da Ponte rodoferroviária de que trata o Comunicado Relevante Nº 06/98/RFFSA;

- no prazo de 5 dias, todos os estudos realizados em atendimento ao item 1.1 desta Decisão;

- seja dado conhecimento desta decisão ao Presidente do Conselho Nacional de Desestatização (CND)."

É o Relatório.

VOTO

Como visto no Relatório que precede esse Voto, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, por intermédio do Comunicado Relevante nº 06/98/RFFSA - Malha Paulista, procedeu a alterações no Edital nº PND 02/98/RFFSA, de forma a incluir no escopo da desestatização da Malha Paulista (antiga FEPASA) concessão associada da exploração do modal rodoviário da ponte rodoferroviária sobre o Rio Paraná.

Todavia, mesmo diante dessa inserção, o preço mínimo fixado no aludido edital de privatização permaneceu inalterado, ou seja, R\$ 233.378.000,00 (duzentos e trinta e três milhões, trezentos e setenta e oito mil reais).

Esse procedimento levou a 9ª SECEX a submeter os autos à consideração deste Relator, tendo em vista que até o presente momento não deu entrada naquela Unidade Técnica qualquer documento ou estudo que denote a avaliação do impacto do acréscimo desse novo bem operacional no objeto original da desestatização da Malha Paulista.

Nos termos do art. 18, VIII, da Lei nº 9.491/97, a documentação relativa aos processos de desestatização deverá ser submetida à apreciação deste Tribunal.

Seria o caso, então, de o órgão remeter a esta Corte os estudos (avaliação econômico-financeira) que sustentaram a decisão de não alterar o preço antes

fixado, especialmente em vista do disposto no art. 11, alínea "g", da mesma Lei nº 9.491/97.

Da mesma forma, o BNDES deve encaminhar a esta Corte os elementos atinentes ao 1º estágio da IN nº 10/95, de maneira que o Tribunal possa avaliar a viabilidade da concessão do modal rodoviário em questão.

Por outro lado, como também salientou a 9ª SECEX, o referido Comunicado Relevante, especificou a definição dos valores correspondentes ao pedágio do modal rodoviário da ponte rodoferroviária para um momento posterior ao leilão.

Consoante os termos do art. 9º da Lei nº 8.987/95, alterada pela Lei nº 9.648/98, que dispõe acerca das concessões e permissões de serviços públicos, *"a tarifa do serviço do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pela regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato"*.

Portanto, para que esse dispositivo seja observado se faz necessário apresentar no edital, o valor de referência do pedágio rodoviário da ponte, como sugerido pela Unidade Técnica, até mesmo para que se possa calcular o impacto e, conseqüentemente, o aumento que deveria sofrer o preço mínimo estabelecido antes do Comunicado Relevante nº 06/98, que mandou incluir, na desestatização da Malha Paulista, a concessão da exploração de tráfego rodoviário na ponte rodoferroviária sobre o Rio Paraná, pois, de simples estudos realizados por nossa Unidade Técnica (9ª SECEX), levando-se em consideração a estatística referente a apenas dois dias de fluxo na ponte, constatou-se a passagem de aproximadamente 4.000 mil veículos, grandes e pequenos, em ambos os sentidos, que, calculados a preços equivalentes aos mais baixos do País e projetados ao longo da concessão, somariam, a valor presente, aproximadamente quase um terço do valor estipulado para o preço mínimo da Malha Paulista.

Por esses motivos, Voto no sentido de que o Tribunal adote a decisão que submeto ao descortino deste Plenário.

DECISÃO Nº 734/98 – TCU – PLENÁRIO¹

1. Processo TC-005.863/98-8
2. Classe de Assunto: V - Acompanhamento do processo de desestatização da Malha Paulista - Rede Ferroviária Federal S.A
3. Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES
4. Responsável: André Pinheiro de Lara Rezende (Presidente do BNDES)
5. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 9ª SECEX
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
8.1. Determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, na qualidade de gestor do Fundo Nacional de Desestatização, que, tendo

1. Publicada no DOU de 06/11/1998.

em vista os termos do Comunicado Relevante nº 06/98/RFFSA, publicado no Diário Oficial da União de 02.10.98, adote as seguintes medidas:

8.1.1. nos termos do art. 18, VIII, da Lei nº 9.491/97, encaminhe a este Tribunal, no prazo de 05 (cinco) dias:

a) os estudos de avaliação econômico-financeira referente à concessão do modal rodoviário da ponte sobre o Rio Paraná, de forma que somente após o pronunciamento deste Tribunal acerca da referida documentação possa a concessão do mencionado modal rodoviário ser associada à desestatização da Malha Paulista;

b) os elementos correspondentes ao primeiro estágio da IN nº 10/95, referentes à concessão da exploração do modal rodoviário de que trata o Comunicado Relevante nº 06/98/RFFSA;

8.1.2. inclua no edital de alienação PND nº 02/98/RFFSA o valor de referência do pedágio rodoviário da ponte rodoviária sobre o Rio Paraná, de maneira a dar cumprimento ao art. 9º da Lei nº 8.987/95, alterada pela Lei nº 9.648/98; e

8.2. determinar à Secretaria das Sessões que encaminhe ao Presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, mediante fax, dada a urgência da matéria, cópia desta Decisão e do Relatório e Voto que a fundamentaram, para que aquela autoridade tome ciência dos motivos que ensejaram esta deliberação.

9. Ata nº 43/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 21/10/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto (Relator), Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

Homero Santos
Presidente

Humberto Guimarães Souto
Ministro-Relator