



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

PR-MG-00014632/2021

PA nº 1.22.000.001199/2020-22

RECOMENDAÇÃO N. 5, DE 8 DE MARÇO DE 2021

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República subscritor, no regular exercício de suas atribuições institucionais, e

CONSIDERANDO que o Ministério Público Federal é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, da Constituição Federal; e artigo 5º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/1993);

CONSIDERANDO que é função institucional do Ministério Público Federal zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal (artigo 129, inciso II, da Carta Magna; artigo 5º, inciso V, da Lei Complementar nº 75/1993);



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

CONSIDERANDO que, no exercício das suas funções institucionais, cabe ao Ministério Público Federal promover diversas medidas, dentre as quais: instaurar inquérito civil público; promover ação civil pública, ação penal, ação decorrente de improbidade administrativa; **expedir** notificações e **recomendações**; requisitar diligências, exames, perícias, documentos, instauração de procedimentos administrativos etc., em face de pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas, inclusive suas autoridades, visando à proteção ou recuperação da integridade do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, incisos I ao IX, da Constituição Federal; artigos 5º, incisos I ao VI, 6º, inciso I ao XX, e 8º, incisos I ao IX, da Lei Complementar nº 75/93; Resolução nº 87/06 do Conselho Superior do Ministério Público Federal e Resolução nº 23/07 do Conselho Nacional do Ministério Público);

CONSIDERANDO que a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, celebrou, em 1996, com a empresa Ferrovia Centro-Atlântica (FCA), contrato de concessão, visando à exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga na malha centro-leste, constituída, à época, pelas então Superintendências Regionais de Belo Horizonte (SR2), de Salvador (SR7) e de Campos (SR8);

CONSIDERANDO que, à época, a privatização dos serviços ferroviários se deu num contexto de acentuada crise



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

fiscal do Estado brasileiro, e a modelagem estabelecida não foi favorável à manutenção da integridade da malha arrendada, nem priorizava novos investimentos nessa mesma malha;

CONSIDERANDO o advento da Lei nº 13.448/2017, que, em seu Art. 6º prevê a prorrogação antecipada do atual contrato de concessão por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observando a incorporação de novas tecnologias e serviços, além de novos investimentos;

CONSIDERANDO os óbices para que o setor público invista diretamente na infraestrutura ferroviária, tanto pelas dificuldades fiscais quanto pela limitação orçamentária do teto de gastos;

CONSIDERANDO os projetos inseridos no Plano Nacional de Logística do Governo Federal, elaborado em 2018, como relevantes à redução nos custos de transporte e ao aumento da eficiência no setor, onde destacam-se as adequações de capacidade das ferrovias qualificadas no âmbito do Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal - PPI, por meio do Decreto nº. 9.059/2017, que prevê a prorrogação antecipada das concessões ferroviárias, entre outras, da Ferrovia Centro-Atlântica - FCA;

CONSIDERANDO que o estímulo do investimento em infraestrutura pode ser uma estratégia eficiente para promover o investimento privado e a retomada do crescimento econômico sustentado; por um lado, o investimento em infraestrutura aumenta a



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

produtividade dos insumos privados e incentiva o investimento, o emprego e o crescimento. Por outro lado, dadas externalidades associadas à oferta de serviços de infraestrutura, como há uma tendência de o investimento privado nesse setor ser inferior ao socialmente ótimo, a provisão de incentivos adequados pode ser instrumental para aumentar não só a participação do capital privado na infraestrutura, mas também o bem-estar social¹;

CONSIDERANDO que, em qualquer situação que o patrimônio público venha a sofrer lesão ou ameaça de lesão, sendo conseqüentemente atingidos os interesses da coletividade, extrapolando-se a esfera de interesses da Administração Pública e que este critério da lesividade, abrangente não apenas da lesão já ocorrida, mas também da ameaça de lesão futura, torna o patrimônio público objeto de interesse difuso, tutelável pelos legitimados para as ações coletivas e pela intervenção obrigatória do Ministério Público nas hipóteses legalmente previstas;

CONSIDERANDO a NOTA TÉCNICA nº 3/2021/GTTRANSPORTES/3ª CCR (**grifos selecionados**):

9. A chancela conferida pela Suprema Corte a previsões expressas na citada Lei que estabelecem exigências a serem cumpridas pelas concessionárias para a prorrogação antecipada de seus contratos reforça a

¹ RIGOLON, Francisco José Zagari. **O investimento em infraestrutura e a retomada do crescimento econômico sustentado**. IPEA - Revista Pesquisa em Planejamento Econômico, v. 28, n.1, p. 129-158, abr 1998.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

necessidade de observância das diretrizes legais que balizam a promoção da política pública de aprimoramento da infraestrutura de transportes para o alcance dos objetivos pretendidos;

10. Em que pese a precisa condição prevista no Art. 6º da Lei nº 13.448/2017, verifica-se que nos aditivos formalizados até o momento não foi observado o pleno cumprimento da exigência de novos investimentos para a conformação da prorrogação contratual antecipada das concessões qualificadas pelo PPI. (...)

12. Como exemplo da exigência irregular, cita-se a cláusula prevista no 2º termo aditivo ao contrato de concessão da Rumo Malha Paulista, que estabelece:

18.1.1 A concessionária deverá pagar, a título de Valor de Outorga, 155 (cento e cinquenta e cinco) parcelas trimestrais de R\$ 88.930.000 (oitenta e oito milhões, novecentos e trinta mil reais), que serão recolhidas à ANTT até o 5º dia de cada mês, tendo início a partir do mês subsequente à vigência deste 2º Termo Aditivo.

13. O pagamento de outorga à União, conforme estipulado nos aditivos contratuais, motivado exclusivamente pela prorrogação antecipada, causa um desvirtuamento das contrapartidas geradas pelo instituto criado, na medida em que destina ao



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

caixa do Tesouro Nacional recursos que deveriam ser revertidos em novos investimentos na infraestrutura de transportes, principal finalidade da aplicação do mecanismo de prorrogação antecipada (...)

15. Soma-se às irregularidades observadas nos instrumentos contratuais em questão, a presença de cláusulas dispostas nos aditivos de prorrogação da Malha Paulista e da Estrada de Ferro Vitória-Minas que preveem o acréscimo de pagamento a título de valor da outorga em razão do descumprimento de obrigações contratuais pelas concessionárias, na medida em que a imposição de tal penalidade configura forte desestímulo para que as concessionárias realizem os investimentos obrigatórios estipulados pelos respectivos aditivos contratuais.

16. Apesar da previsão legal no Art. 7º da Lei nº 13.448/2017, em caráter exemplificativo, a instituição do pagamento de adicional de valor de outorga como consequência pelo inadimplemento de obrigações contratuais de contratos de concessão ferroviária produz efeitos contrários ao atendimento da principal finalidade perseguida pela citada Lei de promover a realização de investimentos no setor, uma vez que permite ao concessionário optar pela alternativa mais vantajosa do pagamento de um valor



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

adicional ao poder concedente, em substituição ao compromisso da realização de investimentos indicados pelo poder público, alternativa menos atraente em vista do considerável grau de incerteza quanto aos retornos gerados, o que resulta diretamente em uma premiação ao concessionário pela não realização do investimento, causando grave prejuízo ao atingimento do motivo fundamental que justifica a prorrogação contratual.

17. Cita-se, a seguir, cláusula contida no 3º termo aditivo de prorrogação contratual da Estrada de Ferro Vitória-Minas, que demonstra a previsão irregular retromencionada:

(i) Acréscimo à Outorga: valor que será incrementado ao Valor da Outorga, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em função do atraso, alteração dos prazos, ou supressão dos Investimentos com Prazo Determinado, das Obrigações de Investimento, da não utilização dos recursos para desenvolvimento tecnológico, dos recursos para a preservação da memória ferroviária, ou do compartilhamento de receitas com o Poder Concedente (...)

19. Outrossim, o texto da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, corrobora a premissa de que a realização de novos investimentos é o cerne que fundamenta a possibilidade de prorrogação antecipada das concessões ferroviárias, ao elencar que o objetivo da referida medida legislativa consiste em “reparar problemas e desafios históricos em importantes setores da infraestrutura, buscando viabilizar a



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável”, além de “promover investimentos prementes, não previstos em contratos de concessão em vigor” (grifos nossos).

20. Além do mais, segundo a doutrina:

“a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.”

21. Em vista disso, verifica-se que a disposição de cláusulas que desestimulam a realização de investimentos na infraestrutura de transporte nos aditivos de prorrogações contratuais sob análise ofende o princípio decorrente da teoria dos motivos determinantes, segundo o qual as ações são praticadas pelo poder público estão vinculadas ao motivo que as fundamentaram, sob pena da invalidade, premissa essa que sempre deve pautar a atuação pública adequada e efetiva.

22. Tal conclusão decorre da contrariedade identificada entre o principal motivo sob o qual se alicerça a Lei nº 13.448/2017, qual seja a realização de novos investimentos no setor de transportes não previstos originalmente, disposta em seu Art. 6º, e claramente delineada em sua Exposição de Motivos, e a previsão de pagamento de valor de outorga como alternativa ao descumprimento dos compromissos



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

pactuados, que favorece em grande medida à não realização dos investimentos necessários à melhoria da infraestrutura de transportes.

CONSIDERANDO que, segundo inciso VI, art. 24, do Decreto nº 4.130/2002, são atribuições comuns aos Diretores da agência “contribuir com subsídios para proposta de ajustes e modificações na legislação, necessários à modernização do ambiente institucional de atuação da ANTT”;

Resolve **RECOMENDAR**:

Ao Ministro da Economia:

a) Que adote as providências necessárias para que não sejam exigidos pagamentos, a título de valor de outorga, em contrapartida à prorrogação antecipada de contratos de concessões ferroviárias prevista pela Lei nº 13.448/2017, a fim de que todos os recursos gerados em decorrência de eventuais prorrogações sejam totalmente revertidos em investimentos não previstos no contrato original;

Ao Ministro da Infraestrutura:

b) Que se abstenha de incluir, nos planos de outorga elaborados ou aprovados em face de eventual prorrogação antecipada de concessões ferroviárias prevista pela Lei nº 13.448/2017, a previsão de pagamento



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

de outorga à União pelo concessionário, de forma a assegurar que todos os recursos gerados em decorrência de eventuais prorrogações sejam totalmente revertidos em investimentos não previstos no contrato original;

À Diretoria-Geral da ANTT

que, na elaboração do termo aditivo de renovação antecipada do contrato de concessão da FCA,

I) não permita que os recursos previstos no aditivo contratual, destinados ao desenvolvimento tecnológico e ao patrimônio histórico retornem como acréscimo de outorga;

II) exija um cronograma de aplicação dos recursos destinados ao desenvolvimento tecnológico e ao patrimônio histórico, e a realização de consultas públicas para a priorização desses gastos;

III) os recursos denominados "outorga livre" sejam investidos em obras adicionais, com a realização de audiências públicas na definição das mesmas, priorizando sua aplicação nos Estados onde esteja localizada a sua malha;

IV) não seja permitido o acréscimo de outorga com os recursos destinados a obras previstas, mas não executadas, e uma nova repactuação das mesmas, acrescidas das penalidades pertinentes.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS**

Fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias corridos, contados da notificação, para que os destinatários de tal recomendação a cumpra, devendo eles, no citado prazo, enviar a esta Procuradoria a documentação que comprove o seu total cumprimento.

EFICÁCIA DA RECOMENDAÇÃO: A presente recomendação dá ciência e constitui em mora os destinatários quanto às providências solicitadas, podendo implicar a adoção de todas as providências administrativas e judiciais cabíveis, em sua máxima extensão, contra os responsáveis inertes em face da violação dos dispositivos legais e direitos dos consumidores acima referidos.

Belo Horizonte, 8 de março de 2021.

FERNANDO DE ALMEIDA MARTINS
Procurador da República