



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

Processo 8439-63.2013.4.01.3400

Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público Federal – MPF

Réus: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e outra

DECISÃO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF contra a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT e a UNIÃO, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela para:

b.1) suspender o procedimento licitatório referente ao Edital de Concessão nº 001/2012 para a concessão para exploração do serviço público de transporte ferroviário de passageiros por trem de alta velocidade na estrada de ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro-Campinas (TAV Rio de Janeiro - Campinas);

b.2) suspender os efeitos da Resolução nº 3, de 12 de dezembro de 2012 do Conselho Nacional de Desestatização.

Peço vênia para adotar como uma breve síntese da petição inicial de fls. 03/70 a nota divulgada pelo MPF em seu sítio na internet sobre a mesma¹:

Edital questionado – Na primeira ação ajuizada, uma das principais ilicitudes apontadas é a indevida inclusão do TAV no Plano Nacional de Desestatização (PND). Tal como proposta, a concessão geraria, ao invés de uma “privatização” de serviço público, um crescimento da máquina administrativa. Isso porque há previsão de se criar empresa estatal para ser sócia da vencedora, haverá construção de infraestrutura pelo poder público e significativos empréstimos serão

1 http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_patrimonio-publico-e-social/novo-edital-do-201ctrem-bala201d-entre-rio-de-janeiro-e-campinas-e-questionado-em-aco-es-do-mpf-df

Documento assinado digitalmente pelo(a) JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO PAULO RICARDO DE SOUZA CRUZ em 10/04/2013, com base na Lei 11.419 de 19/12/2006.

A autenticidade deste poderá ser verificada em <http://www.trf1.jus.br/autenticidade>, mediante código 20086143400270.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

concedidos.

Além disso, o Conselho Nacional de Desestatização, ao editar a da Resolução nº 3/2012, desobedeceu as regras legais previstas para a concessão de serviço público. A resolução prevê a transferência da construção da infraestrutura do empreendimento para o poder concedente, ou seja, a União. Desse modo, houve inovação em matéria de concessão de serviços públicos, fazendo com que uma mera Resolução confronte a Lei Geral das Concessões.

Por outro lado, a modalidade de desestatização escolhida - o leilão - não deveria ser usada e sequer poderia ser realizada da forma prevista no edital (que determina a apresentação de lance único). Conforme o MPF/DF, o leilão é caracterizado justamente pela ausência de sigilo das propostas que, uma vez apresentadas, dão início à fase de lances sucessivos.

Outro problema: a empresa interessada, ao formular sua proposta, apenas estimará o valor de custos dos túneis, pontes e viadutos, mas não ficará responsável pela sua execução, a cargo da União. Assim, qualquer erro de estimativa não gera responsabilidade para a concessionária, mas onera a União. O Brasil possui histórico de imprecisão no cálculo de preços de grandes obras públicas, por isso a preocupação do Ministério Público em se antecipar em relação eventual prejuízo ao erário.

Para o MPF/DF, caso seja do interesse do Poder Executivo implementar novo modelo de concessão, deveria enviar sua proposta ao Legislativo e aguardar sua aprovação, para, aí sim, lançar edital.

Com a petição inicial vieram os documentos de fls. 71/496, incluindo 2 discos de mídia magnética às fls. 71/72.

O despacho de fl. 500 determinou a manifestação preliminar da União e da ANTT, no prazo de 72h.

A União se manifestou às fls. 507/524, com documentos às fls. 525/556,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

tendo a ANTT se manifestado às fls. 557/571, com documentos às fls. 572/584.

A União defende que:

- trata-se de uma concessão de serviços públicos, prevista na Lei nº 8.987/95, com respaldo nas Leis nº 9.491/97 e 8.666/93;
- a construção de obra não pode ser considerada requisito para a delegação de um serviço público por concessão;
- o edital nº 001/2012 envolve somente a delegação da prestação do serviço de transporte ferroviário e exploração da infraestrutura ferroviária, ficando a realização prévia da obra a cargo da União;
- os riscos assumidos pelo particular correspondem exatamente ao objeto da delegação;
- a desagregação entre a exploração de um serviço público e a construção da infraestrutura necessária constitui alternativamente expressamente na Lei 8.987/95 e que já vem sendo usada pela Administração;
- o modelo adotado não justificaria a adoção do contrato de parceria público-privada, não havendo previsão de subsídio ou contraprestação pecuniária a ser paga pelo Poder Público;
- financiamento pelo BNDES não equivale a subsídio;
- o TAV se adéqua ao modelo de desestatização, já que a lei inclui no conceito de desestatização a transferência para a iniciativa privada da execução de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

serviços públicos da União, não havendo restrição quanto a serviços que ainda não estejam sendo explorados;

- a construção da superestrutura ficará a cargo da União, não sendo objeto do edital discutido, devendo arcar o particular com outros pesados ônus envolvidos;

- a sucessão de lances não é inerente ao leilão concernente aos procedimentos de desestatização;

- a adoção do modelo de envelopes fechados não é incompatível com a modalidade leilão, o que pode ser ilustrado pelo fato de que o artigo 34, I, prevê a modalidade envelopes fechados para as alienações de ações.

A ANTT, por sua vez:

- expõe as razões que motivaram a alteração da modalidade de licitação do trem de alta velocidade;

- defende que o contrato do TAV caracteriza-se como concessão e não como parceria público privada, pois o serviço será prestado por uma sociedade de propósito específico majoritariamente privada, o concessionário executará o serviço por sua conta e risco, a escolha do concessionário se dará por concorrência, a remuneração era feita por tarifa, o concessionário deverá pagar pela outorga e os bens da concessão são reversíveis.

- o TCU aprovou com ressalvas o primeiro estágio de fiscalização da outorga de concessão, dizendo as ressalvas respeito a determinações a serem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

consideradas na elaboração do edital, as quais foram atendidas;

- a desestatização pode dizer respeito não apenas aos serviços já prestados, mas todos os serviços de responsabilidade da União;

- a transferência da responsabilidade da construção para o poder concedente é compensada pela redução do valor do investimento e conseqüente aumento do valor da outorga;

- o fato de ser concedido financiamento ao particular não implica em que o ônus dos investimentos deixará de ser dele, pois ele responderá pelo financiamento;

- o leilão com lance único é legal.

É o relatório.

Decido.

No agravo de instrumento nº 0060869-75.2011.4.01.0000, interposto contra decisão proferida na ação civil pública nº 16151-75.2011.4.01.3400, também ajuizada pelo Ministério Público Federal, o relator, eminente Desembargador Federal JOÃO BATISTA MOREIRA, faz colocações que peço vênica para transcrever por entendê-las valiosas para o caso.

Diz o Desembargador Federal JOÃO BATISTA MOREIRA sobre a tese de que seria necessário um projeto básico antes da construção do trem de alta velocidade:

Quanto à exigência de projeto básico, é razoável a argumentação de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

que a licitação para o trem de alta velocidade não se enquadra no modelo-padrão de processo licitatório. Já tive oportunidade de escrever² que “à variação tipológica alia-se, na doutrina atual, recomendação de flexibilidade na forma de celebração e de execução dos contratos administrativos. Os grandes empreendimentos dos setores aeronáutico, de telecomunicações, nuclear e militar, de execução prolongada, em que o próprio planejamento é flexível (para permitir adaptação à evolução tecnológica), não se comportam nas fórmulas acanhadas do contrato-padrão. De outra parte, os princípios tradicionais do contrato administrativo (melhor oferta, pagamento por serviço feito, determinação precisa do objeto e do preço, execução pessoal) tornam-se maleáveis (André de Laubadère). Nas palavras de Arnoldo Wald, ‘impõe-se uma relação dinâmica, negociada ou concertada, que se deve estabelecer entre as partes. (...) Como a rescisão sempre tem efeitos negativos, importando prejuízos para ambas as partes, foi introduzida nos contratos de direito administrativo uma nova variante, que é a chamada *flexibilidade* (*souplesse* do direito francês), significando uma *interpretação construtiva e negociada do pactuado*, para preencher os eventuais espaços vazios e superar as dificuldades geradas por normas que não previram os fatos da maneira pela qual aconteceram”³. Não se trata de um grande projeto militar ou de telecomunicações, mas a lição aplica-se, *mutatis mutandi*, ao caso.

E, de fato, a construção do trem de alta velocidade discutido é um projeto orçado em vários bilhões de reais (estima-se mesmo que ficará na ordem de algumas dezenas de bilhões de dólares) e que, conseqüentemente, não apenas não é de simples concretização como, pelo contrário, é de difícilima realização.

Aliás, mostra isso o fato de que já houve uma tentativa anterior de

2 MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 290.

3 WALD, Arnoldo. Novas Tendências do Direito Administrativo: A flexibilidade no Mundo da Incerteza. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez. 1995, p. 47.

Documento assinado digitalmente pelo(a) JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO PAULO RICARDO DE SOUZA CRUZ em 10/04/2013, com base na Lei 11.419 de 19/12/2006.

A autenticidade deste poderá ser verificada em <http://www.trf1.jus.br/autenticidade>, mediante código 20086143400270.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

concessão do empreendimento e a mesma foi deserta, não tendo aparecido um só licitante.

Se se pretender fazer a licitação de forma semelhante a uma licitação usual, o projeto jamais sairá do papel, cabendo, portanto, à Administração adotar soluções que tentem viabilizar o empreendimento.

O modelo proposto, que poderá até mesmo não dar certo, havendo muitas especulações de que a licitação novamente será deserta, mas é uma tentativa de se construir um modelo que viabilize o empreendimento.

Não vislumbro nenhuma ilegalidade patente no modelo.

Parece-me ser possível a concessão de um serviço público que a União ainda não presta à iniciativa privada, o que não deixa de ser uma privatização (uma espécie de “privatização preventiva”).

Por outro lado, o fato de não estar sendo privatizada a construção da obra (construção essa que não é objeto da licitação atacada), não impede que esteja sendo privatizada a prestação do serviço (que é o objeto da licitação).

Já a utilização do lance único não descaracteriza o leilão, havendo vários exemplos de leilões que foram realizados dessa forma, como, por exemplo, o leilão de privatização das antigas companhias telefônicas estatais.

O modelo tem até vantagens, pois se não há o esquema de que os concorrentes sucessivamente aumentem os lances para vencer os concorrentes, o fato



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

de que cada licitante não conhece qual será a proposta do seu concorrente leva a que o participante do leilão seja obrigado a colocar no seu envelope o maior valor a que efetivamente se dispõe a pagar pelo objeto da concessão (evidentemente também tentando adivinhar até onde seus rivais irão chegar).

Quanto ao fato de que uma empresa irá estimar o valor das obras, sem assumir responsabilidade por essa estimativa estar certa ou não, tenho que é da natureza das coisas.

A própria União jamais teria condição de estimar o valor das obras, já que nunca foi feito um trem de alta velocidade no Brasil, razão pela seria inevitável que o cálculo fosse feita pelas empresas que se espera participarão do certame, empresas essas que deverão ser as empresas que, no exterior, no Japão, na França, na Coreia do Sul e alhures, já tem experiência com construção de trens de alta velocidade.

Concluo repetindo, mais uma vez, o Des. JOÃO BATISTA MOREIRAA: os grandes empreendimentos não se comportam nas fórmulas acanhadas do contrato-padrão.

Ante o exposto, INDEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

Citem-se a União e a ANTT.

Intime-se o MPF.

Brasília, 10 de abril de 2013



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0008439-63.2013.4.01.3400 - 5ª VARA FEDERAL
Nº de registro e-CVD 00023.2013.00053400.2.00382/00033

PAULO RICARDO DE SOUZA CRUZ
Juiz Federal Substituto da 5ª Vara