

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 019.494/2014-9 [Apenso: TC 026.045/2015-0]

Natureza: Representação

Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Interessados: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (37.115.342/0001-67); Transnordestina Logística S.A. (02.281.836/0001-37)

Representação legal: João Luiz Noronha da Jornada e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres; André Luis Garoni de Oliveira (15.786/OAB-DF), Filipe da Silveira Moreira (34.489/DF) e Juliana Faria Santiago (53.089/DF), representando Transnordestina Logística S.A.; Augusto Cesar Carvalho Barbosa de Souza, representando Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. VERIFICAÇÃO DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA ENTRE A AGÊNCIA REGULADORA E CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS NO ÂMBITO DA MALHA NORDESTE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE FORMALIZAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS AOS PROCESSOS PUNITIVOS. INEFICÁCIA DOS ACORDOS CELEBRADOS. NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES AJUSTADAS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA CELEBRAÇÃO DE SEGUNDO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. DETERMINAÇÃO PARA ABSTENÇÃO DE CELEBRAÇÃO DE NOVOS ACORDOS QUE NÃO CONTENHAM GARANTIAS DE CUMPRIMENTO DOS COMPROMISSOS FIRMADOS. CIÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE PROCESSO APARTADO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ENVOLVIDOS.

Transcrevo instrução acolhida pelas instâncias dirigentes da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviárias (peças 69 a 71):

“INTRODUÇÃO

1. 1. *Cuidam os autos de representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo (AUFCE) a respeito de possíveis irregularidades encontradas nos Termos de Ajuste de Conduta (TAC) celebrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no âmbito dos contratos de concessão da ferrovia Transnordestina.*
2. 2. *Em que pese o presente processo tratar da análise de regularidade de todos os TACs firmados pela ANTT, nos termos determinados pelo Exmo. Sr. Ministro Relator (peça 14, p. 9-10), a presente instrução parcial tem como objetivo responder a alínea ‘d’ do Requerimento 16/2016, encaminhado ao TCU pela Comissão Externa - Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (Cextrane), nos autos do TC 012.092/2016-9. Assim, o escopo da presente instrução está limitado à análise da legalidade e efetividade dos TACs firmados pela Agência com a empresa Transnordestina Logística S.A. (TLISA).*

HISTÓRICO

1. 3. *Em suma, o representante expõe as irregularidades da seguinte forma:*
 - a. a) **ilegalidade da regulamentação do TAC no âmbito da ANTT:** *ao disciplinar a celebração de TAC no âmbito da ANTT, a Resolução 442/2004 exorbitou da Lei da Ação Civil Pública (LACP) ao prever formalização de acordos que não visam a proteção de qualquer interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, mas apenas a preservação dos direitos contratuais da agência reguladora em relação aos contratados; a ANTT teria extrapolado os seus poderes, criando, por resolução, um novo instrumento jurídico que lhe conferiu a faculdade de não aplicar as penas previstas em contrato, propondo em seu lugar um pretenso ajuste de conduta, o qual não encontra suporte em qualquer lei;*
 - b. b) **ilegalidades no objeto dos TACs firmados no contrato de concessão da Transnordestina:** *os TACs celebrados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão da ferrovia Transnordestina são ilegais quanto ao seu conteúdo. Repactuaram metas contratuais, promoveram alterações no objeto licitado em favor da contratada e deram ensejo à renúncia, por parte da Agência, à aplicação de multas ao concessionário, algumas das quais vencidas, em razão de descumprimento de obrigações da avença e de violação às normas regulamentares e à lei de regência; a redução de metas por meio da celebração de TAC provocou alterações no equilíbrio das avenças pactuadas em desfavor do Erário, pois não foi revertida em comprovada melhoria dos serviços públicos ou na modicidade tarifária; no caso concreto, o conflito de interesses entre as partes foi resolvido pela ANTT por meio da renúncia de direitos;*
 - c. c) **impossibilidade de execução dos TACs quando de seu eventual descumprimento:** *os acordos de ajustamento de conduta previstos na Resolução ANTT 442/2004 não gozam dos mesmos atributos de executividade estabelecidos na LACP, porquanto remetem eventual inadimplência desses acordos à abertura de procedimento ordinário para apuração da irregularidade;*
 - d. d) **descharacterização dos objetos anteriormente licitados:** *as alterações contratuais promovidas pela agência reguladora por conduto dos TACs desvirtuaram o objeto inicialmente licitado, não sendo possível aos demais licitantes do procedimento licitatório*

original apresentarem suas propostas para estas novas realidades, pois são acordos ilegais, pós-contratuais;

- e. e) ***promoção de um mercado desequilibrado:*** a celebração de TACs, da forma apregoada pela ANTT, deseduca o mercado e a sociedade por não só gerar impunidade ao infrator, mas também por sinalizar aos demais agentes privados a possibilidade de auferir lucro ilícito ao arrepio do contrato de concessão e da legislação regulatória; e
 - f. f) ***indício de ocorrência de ato de improbidade administrativa:*** há indícios de que a utilização irregular dos TACs pela Agência reguladora configure prática de atos de improbidade administrativa tipificados na Lei 8.429/1992, os quais podem ter causado lesão ao Erário e violado princípios da Administração Pública, razão pela qual deve ser dado conhecimento desses fatos ao Ministério Público Federal.
1. 4. Ainda consignou que haveria indícios de que TACs com mesmo teor de irregularidades estariam ocorrendo no âmbito dos demais contratos de concessão ferroviária e rodoviária.
 2. 5. Em processo apenso aos presentes autos (TC 026.045/2015-0), o Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) formulou representação contra as mesmas irregularidades apontadas na peça inicial. O MPTCU sugeriu a expedição de medida cautelar para que a ANTT se abstinhasse de celebrar novos termos de ajuste de conduta fundamentados na Resolução ANTT 442/2004 até que o Tribunal se manifestasse sobre o mérito da representação. Propôs, ainda, a oitiva da Agência Reguladora acerca dos fatos ilícitos denunciados, a realização de diligência para obtenção de todos os documentos que embasaram a celebração dos TACs. Por fim, alvitrou a análise segregada de cada acordo de ajuste de conduta firmado pela ANTT, convocação dos concessionários envolvidos para, no mérito, caso não sejam elididas as irregularidades, declarar nulidade dos TACs e posterior instauração de Tomada de Contas Especial a fim de promover a reparação de dano porventura causado aos cofres da autarquia.
 3. 6. Em concordância com os fundamentos das representações formuladas pelo Auditor Federal de Controle Externo e pelo MPTCU, a então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária - SeinfraHidroFerrovia (peças 11, 12 e 13) considerou graves as irregularidades denunciadas e acolheu as propostas de adoção de medida cautelar e de realização de oitiva da ANTT.
 4. 7. Nessas condições, a SeinfraHidroFerrovia propôs, no cerne, conceder a medida cautelar inaudita altera parte, promover a oitiva da ANTT sobre o assunto e diligenciar informações de todos os TACs celebrados pela ANTT.
 5. 8. Em que pese o posicionamento da unidade técnica, o Exmo. Sr. Ministro Relator considerou que os autos careciam de informações sobre os motivos e as circunstâncias exatas em que foram negociadas as condições estabelecidas nos TACs, bem assim o balanço entre as vantagens da formalização do instrumento substitutivo em relação ao processo sancionador, porquanto cada contrato ensejaria particularidades. Dessa forma, considerou ser necessário que fossem adotadas medidas saneadoras a fim de que o Tribunal pudesse analisar o mérito das questões levantadas.
 6. 9. Diante do exposto, decidiu nos seguintes termos (peça 14, p. 9-10):

I) ***conhecer*** da peça inaugural como Representação, com fundamento no artigo 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU;

II) ***indeferir*** o pedido de medida cautelar inaudita altera parte;

III) ***determinar*** à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária, com fundamento no artigo 11 da Lei nº 8.443/1992, a adoção das seguintes providências saneadoras, sem embargo da realização e outras medidas que a Unidade Técnica entender pertinentes ao esclarecimento dos fatos:

III.1) ***diligenciar*** a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para que, no prazo regimental de quinze dias, encaminhe a este Tribunal:

a) relação de todos os Termos de Ajuste de Conduta já celebrados pela ANTT, com a indicação sintética dos seguintes elementos: i) data; ii) identificação das partes; iii) pendência, irregularidade ou infração a que se refere o TAC, acompanhada do montante financeiro total correspondente, quando quantificado; iv) número do processo administrativo;

b) cópia de todos os Termos de Ajuste de Conduta já celebrados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão ferroviária e rodoviária;

c) relação de todos os processos administrativos em curso na agência que têm por objeto futuro a celebração de Termo de Ajuste de Conduta, com indicação das partes e do montante, se quantificado, correspondente às pendências, irregularidades ou infrações a que se referem;

d) exposição analítica e objetiva de motivos pelos quais a ANTT optou por celebrar cada Termo de Ajuste de Conduta com os concessionários inadimplentes com os serviços de transporte terrestre ferroviário e rodoviário, comparativamente ao prosseguimento dos processos administrativos sancionatórios instaurados, a instaurar ou conclusos;

e) evidenciação do interesse público tutelado em cada Termo de Ajuste de Conduta celebrado pela Agência, de molde a cessar as condutas irregulares praticadas pelo concessionário, reparar os danos sofridos pelo Erário e pelo usuário na prestação dos serviços públicos delegados e promover o reequilíbrio da equação econômico-financeira, seja pela assunção de novas metas além daquelas previstas no contrato de concessão, seja pela realização de investimentos extraordinários, seja pela reversão na modicidade tarifária, ou qualquer outro mecanismo compensatório;

f) relatório gerencial atualizado acerca de execução de cada um dos Termos de Ajuste de Conduta com os concessionários, bem como as medidas adotadas pela ANTT em caso de descumprimento;

III.2) com supedâneo no artigo 250, inciso V, do Regimento Interno ***promover a oitiva*** da Agência Nacional de Transporte Terrestre para que se manifeste, no prazo de quinze dias, acerca dos seguintes indícios de irregularidades, apontados nesta representação:

a) ausência de amparo legal para a celebração dos termos de ajuste de conduta já firmados com concessionárias de ferrovias e rodovias federais, visto que alteram metas contratuais que foram precedidas de licitações, sem que daí resulte a retomada do reequilíbrio econômico financeiro do contrato;

b) ausência de amparo legal para a celebração de TAC com a Transnordestina Logística S.A. tendo por objeto o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade a processo administrativo regular de cobrança de multa relativa a infrações por descumprimento de metas contratuais e outras obrigações contratuais não atendidas pela concessionária;

c) inviabilidade de execução judicial dos TACs celebrados, que preveem apenas a instauração de processo administrativo ordinário para apuração de pendências, na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas por meio dessas avenças;

d) inexistência de consequências diretas e passíveis de serem impostas na hipótese de descumprimento dos TACs firmados;

e) violação aos princípios da legalidade, isonomia, busca pela proposta mais vantajosa e indisponibilidade do interesse público resultantes de alterações promovidas pelos TACs em objetos de contratos precedidos de licitação;

f) promoção de mercado desequilibrado, com distorções induzidas pelo próprio poder público devido ao conteúdo dos TACs celebrados.

III.3.) após análise preliminar dos documentos encaminhados e exame dos esclarecimentos prestados pela ANTT, **caso sejam confirmados** os indícios de irregularidade apontados na inicial, **autorizar** a constituição de processos específicos de representação apartados destes autos em relação a cada Termo de Ajuste de Conduta porventura inquinado de ilegalidade, com vistas a apurar eventuais responsabilidades e promover o chamamento dos agentes públicos e concessionários envolvidos na celebração de acordos lesivos ao interesse público;

III.4) **encaminhar** à ANTT cópia do presente Despacho, da instrução das peças 1, 2, 3, 4, 11, 12 e 13 destes autos, bem como das peças 1 e 4 do processo apenso (TC 026.045/2015-0), a fim de subsidiar a oitiva e a resposta à diligência requeridas;

III.5) **encaminhar** cópia do presente Despacho ao representante do Ministério Público junto ao TCU, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

10. Diante da decisão negatória da medida cautelar, o MPTCU, pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, interpôs agravo contra a decisão monocrática que indeferiu pedido de medida cautelar *inaudita altera parte* formulado pelo Parquet especializado. No entanto, pelo Acórdão 645/2016-TCU-Plenário, o TCU decidiu pela rejeição do recurso apresentado.
11. Registre-se ainda que, nos autos do TC 012.092/2016-9, relacionados à Solicitação do Congresso Nacional (SCN) para fiscalização do contrato de concessão da ferrovia Nova Transnordestina, pediu-se esclarecer, entre outros pontos, a seguinte questão:

d) **Legalidade e Efetividade dos Termos de Ajustamento de Conduta entre a ANTT e a concessionária**, em que as sanções têm sido substituídas por medidas saneadoras que, a nosso ver, não têm sido capazes de mudar o andamento da obra. (TC 012.092/2016-9, peça 1, p. 5-6) (grifo nosso)

12. Assim, esta unidade técnica, no intuito de atender à referida SCN, conforme item 9.2 do Acórdão 1.731/2016 – TCU – Plenário, diligenciou à ANTT, em adição, para que apresentasse cópia de todos os processos que tivessem relação com os TACs firmados com a concessionária da malha nordeste, Transnordestina Logística S.A (TLSA), entre processos de cobrança de multas, de apuração de descumprimentos contratuais e de acompanhamento do cumprimento dos TACs (peça 42).
13. *Desta forma, em que pese o presente processo tratar da análise de regularidade de todos os TACs firmados pela ANTT, nos termos determinados pelo Exmo. Sr. Ministro Relator (peça 14, p. 9-10), o que enseja a análise da motivação para a assinatura de cada um deles, nesse momento, para atender especificamente à SCN, que tem natureza urgente e tramitação preferencial ante aos demais processos, o escopo da presente instrução está limitado à análise da legalidade e efetividade dos TACs firmados pela Agência com a TLSA.*
14. *Cabe informar, contudo, que a análise dos TACs celebrados com a TLSA perpassa pela verificação da legalidade dos normativos que regulamentam a celebração desse tipo instrumento no âmbito da ANTT. Referida análise é transversal, aplicando-se, portanto, a todos os TACs firmados pela Agência. Dessa forma, o resultado dessa análise deverá ser levado em consideração no atendimento ao determinado no item III.3 do Despacho do Exmo. Ministro Relator acima transcrito, que será feito de forma oportuna na continuidade do deslinde da presente representação.*
15. *Passa-se, portanto, à análise dos TACs firmados pela ANTT com a TLSA.*

EXAME TÉCNICO

Dos TACs firmados com a Transnordestina Logística S.A (peças 3 e 4)

16. *Durante a vigência contratual da concessão da malha nordeste, a ANTT firmou dois TACs com a concessionária TLSA. O primeiro foi assinado em 27/7/2005 ainda com a então Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN), antigo nome da TLSA.*
17. *A assinatura do primeiro TAC foi provocada em vista do descumprimento, pela concessionária, de Cláusulas do Contrato de Concessão e Arrendamento, referentes ao cumprimento de metas anuais de produção e segurança, agenda de intervenções de manutenção e investimentos na via permanente e no material rodante, bem assim à prestação adequada do serviço público. (peça 4, p. 1)*
18. *Ainda, o TAC aventou que a CFN já havia sido notificada, autuada e multada por infringência dos contratos, mas ainda não havia solucionado as deficiências e irregularidades encontradas. A fim de defender a assinatura de ajuste de conduta com a concessionária, aduziu-se que a empresa havia tido sua situação viária agravada por força de chuvas torrenciais que teriam*

minado o leito ferroviário em segmentos importantes da malha nordeste. Por último, consignou-se dificuldades de captação de carga em vários ramais e sub-ramais que agravaram o fluxo de caixa da CFN no período.

4. 19. Logo, por meio do TAC, a ANTT procurou restabelecer a operacionalidade da via permanente e do material rodante da malha nordeste, determinando uma série de intervenções que deveriam ser feitas de forma a restabelecer a atividade normal da malha ferroviária. Ainda, estabeleceu metas de produção e segurança para o quinquênio 2005-2009. (peça 4, p. 1)
5. 20. Em caso de descumprimento, o TAC estipulava “abertura de processo administrativo, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis”. (4 – Penalidades, peça 4, p. 7)
6. 21. O segundo foi assinado em 20/9/2013, já com a TLSA. Esse segundo ajuste foi firmado em vista das seguintes irregularidades constatadas ao longo dos anos (peça 3, p. 1-3):
 - a. a) descumprimento de metas de acidente relativas ao exercício de 2009, 2010 e 2011, e das metas de produção de 2009 e 2011 (50500.017812/2010-10; 50500.033721/2011-02; 50500.066698/2012-13);
 - b. b) descumprimento das obrigações contratuais de manutenção das condições de segurança operacional e conservação e manutenção adequada dos bens arrendados (50500.024413/2012-69);
 - c. c) descumprimento das determinações da ANTT para restabelecimento das condições normais de tráfego em trecho da malha (50500.003081/2003-98);
 - d. d) transporte de produto perigoso em condições não compatíveis com o risco do produto transportado (50525.000051/2011-51; 50525.000027/2011-12);
 - e. e) descumprimento das obrigações de manutenção da via permanente, material rodante, equipamentos e instalações em adequadas condições de operação e de segurança (50525.002236/2011-09);
 - f. f) execução total ou parcial de obras de interesse de terceiros na malha nordeste, sem a devida autorização prévia do Poder Concedente (50500.085946/2011-36); e
 - g. g) recolhimento a menor de valores devidos pela concessionária a título de receita alternativa (50500.066688/2011-99).
1. 22. O ajuste objetivou:
 - a. a) **recuperação da malha original:** adotar as medidas necessárias para a recuperação dos trechos da malha original, para que estes permitam circulação de trens com velocidade máxima autorizada de 25 km/h (vinte e cinco quilômetros por hora) para o trem tipo definido pelas tabelas de lotação, devendo observar, para isto, as condicionantes impostas no acordo;
 - b. b) **pagamento de sanções pecuniárias:** formalizar todos os atos necessários a desistir e expressar renúncia a qualquer direito relacionado com impugnação judicial ou administrativa que tenha apresentado relativamente aos fatos objeto dos processos de apuração de responsabilidade acima transcritos e promover o pagamento das sanções pecuniárias correspondentes, no valor de R\$ 10.275.458,28 em 60 (sessenta) parcelas mensais e sucessivas;
 - c. c) **cumprimento das metas de produção e acidentes:** adotar as medidas necessárias ao cumprimento do plano de metas de produção e de acidentes da Malha I para o período 2013-2017 (estabeleceu-se também a desconsideração da verificação das metas de 2012 por ter sido considerado ano de adaptação do regime de aproveitamento da malha objeto de concessão); e
 - d. d) **comunicação de acidentes:** observar a regulamentação específica para a imediata comunicação e adoção de providências em caso de acidentes.
1. 23. Em caso de não cumprimento, o TAC previa que a ANTT adotaria “todas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para a apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado” (peça 3, p. 5). Ademais, a concessionária desde a assinatura do TAC renunciaria ao prazo de que trata o §3º do art. 38 da Lei 8.987, de 1995, referente à correção de falhas antes da abertura de processo de inadimplência contratual.

Sobre as irregularidades apontadas na Exordial

1. 24. Nesta seção, será analisado se persistem as irregularidades apontadas na inicial após a promoção da oitiva e das diligências saneadoras. A análise será procedida, sempre quando possível, na ordem e estrutura de oitiva promovida pelo Exmo. Sr. Ministro Relator em seu despacho (peça 14, p. 9-10). No entanto, em vista das conexões lógicas entre alguns itens da oitiva, será procedida a junção da análise desses itens em tópicos únicos, para fins de objetividade, quando necessário. Ademais, antes de cada tópico, serão apresentados os argumentos da ANTT pertinentes apresentados em resposta à oitiva.
2. 25. Após análise minuciosa, pôde-se perceber que a Representação do Auditor Federal de Controle Externo (peça 1) abordou os seguintes indícios de irregularidades:
 - i. i. parcelamento de dívidas já vencidas por meio do TAC de 20/9/2013 com a TLSA;
 - ii. ii. desídia administrativa ao dar, pelos TACs, novo prazo para a concessionária ao invés de dar trâmite legal com fins de cobrança judicial das multas já notificadas, autuadas e cobradas e não pagas;
 - iii. iii. desídia administrativa ao conceder novo prazo para a correção de irregularidades que já haviam sido identificadas e responsabilidades apuradas;

- iv. alteração de metas de produção e segurança contratuais por meio dos TACs; e
 - v. v. desconsideração das metas do ano de 2012 para fins de verificação anual da adimplência contratual da TLSA.
1. 26. Desta feita, pretende-se que a irregularidade do item “i” seja analisado abaixo na seção da alínea “b”; os itens “ii” e “iii”, na seção “c”; e, por último, os itens “iv” e “v”, na seção “a”.
 2. 27. Deve-se enfatizar que, nas seções “a”, “b” e “c” abaixo, serão analisadas, de forma geral, a legalidade dos normativos que regulamentam a celebração desse tipo de instrumento no âmbito da ANTT, bem assim as possíveis irregularidades apontadas na inicial quanto à exorbitância da LACP, à falta de autoexecutoriedade dos ajustes e ao estímulo à impunidade pela ausência de cominações que compilam o concessionário infrator à adimplência contratual.
- a. a) da ausência de amparo legal para a celebração dos termos de ajuste de conduta já firmados com concessionárias de ferrovias e rodovias federais, visto que alteram metas contratuais que foram precedidas de licitações, sem que daí resulte a retomada do reequilíbrio econômico financeiro do contrato; e da violação aos princípios da legalidade, isonomia, busca pela proposta mais vantajosa e indisponibilidade do interesse público resultantes de alterações promovidas pelos TACs em objetos de contratos precedidos de licitação (alíneas “a” e “e” da oitava à peça 14, p. 9-10; itens I, II e IV da Representação Inicial).

Argumentos da ANTT (peça 23)

1. 28. A Agência alegou que não assiste razão ao Representante e ao Ministério Público quando afirmam que os TACs no âmbito da ANTT não estão enquadrados na previsão legal da Lei 7.347, de 1985.
2. 29. Afirmou que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que o Poder Público pode transigir e celebrar acordos administrativos. Citou Recurso Extraordinário 253885/MG (Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ – 21/6/2002, p. 118).
3. 30. Consignou que os ajustes celebrados pela ANTT visam ao atendimento do interesse coletivo, na medida em que os contratos de concessão atendem aos interesses da sociedade brasileira, e que os contratos de concessão não foram celebrados para atender interesses próprios das partes, até porque não se trataria de contrato entre particulares. Nessa condição, a ANTT não é parte de nenhum contrato visando interesses próprios e particulares.
4. 31. Pontuou que as autarquias estão previstas expressamente como legitimadas ativas para a proposição de ação civil pública e do TAC previsto na Lei da ACP.
5. 32. Adicionou que, muito embora a norma se destinasse ao disciplinamento da ação civil pública, o referido dispositivo deve ser entendido num contexto maior, em que a administração deveria buscar mecanismos para o saneamento de condutas de forma não litigiosa, tanto no âmbito judicial como no âmbito administrativo, ou seja, deve fomentar formas consensuais de solução de litígios de forma a atender da melhor maneira o interesse público.
6. 33. Aventou que o instituto dos TACs tem sido utilizado por outras agências reguladoras federais, como Anatel, Aneel e ANS.
7. 34. Nesse sentido, expôs que o caráter normativo do contrato de concessão procura, assegurando sua necessária estabilidade temporal, fixar as regras e procedimentos para adaptar, ao longo dos anos, sua execução à realidade. E, segundo a Agência, essa característica relacional do contrato de concessão valorizaria o consenso e não o unilateralismo. Adicionou que aqui se inseriria a relevância do instituto do TAC no âmbito regulatório, como mecanismo consensual para reconduzir a execução contratual para a regularidade.
8. 35. Informou que o processo sancionatório tradicional possui eficácia limitada. Cotejando dados da prestação de contas do governo, no exercício de 2011, expôs que, de cerca de 997 mil multas aplicadas, correspondendo a aproximadamente R\$ 29 bilhões, apenas R\$ 1,7 bilhão foram efetivamente pagos, ou seja apenas 5,7% do total.
9. 36. Concluiu que o entendimento do MPTCU, caso aceito, limitaria a atividade regulatória exclusivamente ao processo sancionador e no limite a sucessivas declarações de caducidade, em contraposição à evolução do direito regulatório moderno.
10. 37. Com relação às metas, esclarece que apenas as dos primeiros cinco anos foram estabelecidas em contrato. A partir do 5º ano da concessão, por força do Parágrafo Único do subitem 5.1 – Prestação do serviço e §3º do subitem 5.2 – Da Segurança do Serviço, estas passariam a ser estabelecidas por meio de um processo de pactuação entre o Poder Concedente e a concessionária para cada quinquênio subsequente.
11. 38. Consignou que esse processo de construção de metas, regulado atualmente pela Resolução ANTT 3.696, de 14 de julho de 2011, inicia-se com a apresentação de uma proposta pela concessionária a qual passa por um crivo da ANTT em função das informações de mercado e das declarações de rede da concessionária. A partir desse conflito, chega-se a um consenso de metas para cada trecho.
12. 39. Concluiu não haver como se falar em alteração das metas contratuais por meio de TAC, pois não haveria metas fixadas para os anos posteriores. Adicionou que o TAC assinado em 20/9/2013 simplesmente ratificou as metas estabelecidas na Resolução ANTT 4.132, de 17/7/2013.
13. 40. Em vista da argumentação despendida, concluiu também não ter sido ferido a isonomia dos licitantes, nem violação do princípio da proposta mais vantajosa, haja vista eventual celebração de TAC ocorrer durante a execução do contrato, ou seja, em fase posterior ao procedimento licitatório.
14. 41. Citou os Acórdãos 764/2015-TCU-Plenário (TC 020.539/2010-0), 6.324/2012-TCU-Plenário e 3.068/2012-TCU-Plenário como exemplos de julgados em que o colegiado teria referendado a lisura da assinatura dos termos de ajuste de conduta.

15. 42. *Com relação à desconsideração das metas de 2012 para fins de cumprimento das cláusulas do TAC assinado em 20/9/2013, alegou que, embora as metas do ano de 2012 tenham sido estabelecidas pela Resolução 3.712, de 2011, em data posterior à publicação da nova norma de regulamentação da fixação de metas de produção, a Resolução 3.696, de 2011, aquela resolução se baseava nas regras da antiga norma de metas de produção, a Resolução 433, de 2004.*
16. 43. *Diante disso, explicou que foi procedido a abertura das metas de produção referentes a 2012 por trecho, conforme procedimentos constantes do processo administrativo 50500.098466/2011-35, em observância ao previsto no art. 18 da Resolução 3.696, de 2011.*
17. 44. *Não obstante ter havido negociação das metas de produção e segurança para o ano de 2012, a concessionária não alcançou as metas estipuladas. Por isso, esclareceu que foi aberto processo administrativo 50500.118433/2013-81 com vistas a apurar responsabilidade.*
18. 45. *Em defesa, a concessionária havia apresentado os seguintes esclarecimentos pela falta:*
 - a. a) *o ano de 2012 teria sido de adaptação do regime de aproveitamento da malha;*
 - b. b) *a situação de incompletude da malha nordeste associada a assunção de novas obrigações por parte da concessionária constituía círculo vicioso a dificultar o cumprimento de metas;*
 - c. c) *o mercado atendido pela TLSA foi profundamente atingido pela crise econômica mundial ocasionando quebra de diversos contratos de transporte; e*
 - d. d) *condições climáticas adversas e atípicas no inverno de 2011 provocaram danos importantes no trecho sul da malha nordeste, acarretando o cancelamento de transporte da região.*
1. 46. *Em que pese as deficiências da concessionária, expôs que, após a apresentação das justificativas da empresa, o TAC de 20/9/2013 foi assinado.*

Análise

1. 47. *Em vista da junção, nesta seção, da análise dos indícios de irregularidade apontados nas alíneas “a” e “e” da oitava, as quais tem, entre si, conexão material com os itens I, II, e IV da Representação Inicial (peça 1), vislumbra-se aqui ser necessária a análise de três questões jurídicas relevantes: a legalidade da assinatura dos TACs pela ANTT de forma geral; a alteração de metas de produção e segurança por TAC; e a desconsideração das metas de 2012 para fins de verificação da adimplência contratual da TLSA.*
2. 48. *Passa-se a seguir a análise da legalidade da celebração dos TACs de forma geral que se aplica a todos os compromissos firmados pela Agência, tanto no modo ferroviário quanto rodoviário, para na sequência analisar as questões pontuais referentes à assinatura dos referidos instrumentos junto à TLSA.*

Da legalidade da celebração dos TACs pela ANTT

1. 49. *Sob a influência das class actions, foi promulgada a Lei 7.347, 24 de julho de 1985, que elencou, entre as funções institucionais do Ministério Público, bem como das autarquias, empresa públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista dos entes federados, entre outros legitimados, legitimidade para propor a Ação Civil Pública (ACP) – e ação cautelar – para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dentre outros interesses difusos e coletivos.*
2. 50. *Mais específico, o art. 1º elenca, em lista exemplificativa alguns dos interesses resguardados pela ACP:*

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística;

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;

VIII - ao patrimônio público e social.

1. 51. *A partir da promulgação do Código do Consumidor, foi incluído na Lei da ACP o §6º do art. 5º, o qual disciplina que:*

*§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados **compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.** (grifou-se)*

1. 52. *De pronto, vê-se que a Lei confere ao TAC a executoriedade necessária, sem necessidade de homologação judicial, de forma a conferir o compromissário de título capaz de ser levado à ação executória sem necessidade de impetrar ação civil pública para*

apuração de responsabilidades.

2. 53. Ressalta-se que apenas a Lei é capaz de dotar certo tipo de ajuste com a executoriedade extrajudicial, pois a regra é a necessidade da validação judicial por meio da devida ação de conhecimento, decisão homologatória, entre outras. Isto porque, o art. 515, do novo Código Processual Civil, determina que:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;

II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;

V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;

VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

VII - a sentença arbitral;

VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça;

1. 54. Desta feita, o próprio Códex, nos seus arts. 783 e 784, enumera alguns documentos que possuem executoriedade extrajudicial:

Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (grifou-se)

1. 55. Vê-se que, no inciso XII acima reproduzido, o Código abre possibilidade que outras leis deem executoriedade extrajudicial a títulos diversos. É neste diapasão que se insere o TAC da Lei da ACP, nos termos do §6º do seu art. 5º.
2. 56. De outra sorte, percebe-se também que o TAC deve prever cominações em caso de descumprimento a fim de providenciar a certeza da punição, desestimulando condutas desviantes.

Tendo em vista o interesse público, o cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta deve ser assegurado por medidas coercitivas. Assim, ressalta Octavio Orzani, a cláusula penal seria indispensável, 'não só porque o parágrafo 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública dispõe que o órgão público tomará o compromisso 'mediante cominações', mas também, porque tal cláusula acessória tem a finalidade precípua de assegurar o cumprimento da obrigação principal, numa tentativa de promover uma mais direta proteção aos interesses coletivos lato sensu, considerando a primazia do oferecimento de uma tutela específica. (CUEVA, Ricardo Villas Bôas, Termo de Compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.), Direito Sancionador: sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 284)

1. 57. Por fim, a Lei 7.347, de 1985, prevê que, in verbis:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

IV - a **autarquia**, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados **compromisso de ajustamento de sua conduta** às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (grifou-se)

1. 58. Percebe-se, portanto, que as Agências podem promover ação civil pública (ACP) e os termos de ajustamento de conduta no âmbito da ACP para a proteção de direitos difusos e coletivos.
2. 59. No entanto, registre-se que a sistemática da ACP e seu termo de ajustamento de conduta apenas pode ser usada no âmbito da defesa de interesses coletivos e difusos de forma imediata.
3. 60. Isso porque, em qualquer lide que se oficializa por meio de uma pretensão resistida diante de um juízo, há um conflito de interesses entre um sujeito ativo, detentor de direito subjetivo, e de um sujeito passivo, do interesse subordinado ou da obrigação necessária. O conflito de interesses sempre versará diretamente sobre um bem da vida, base de um direito material pretendido pelo sujeito ativo.

Considerada a relação jurídica como conflito de interesses regulados pelo direito, resulta que ela passa entre duas pessoas, titulares dos interesses conflitantes. São elas os sujeitos da relação jurídica; sujeito ativo, ou do interesse protegido, que será também o do direito

subjetivo, quando a proteção do interesse dependa necessariamente do concurso da vontade de seu titular; sujeito passivo, ou do interesse subordinado, ou da obrigação. Os sujeitos da relação ou são pessoas físicas ou pessoas jurídicas.

O Conflito de interesses entre os seus sujeitos versa sobre um bem. Este é o objeto da relação jurídica. O objeto dos interesses conflitantes pode consistir em qualquer espécie de bens, desde que tutelados pelo direito, sejam materiais ou imateriais ou morais, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, individuais ou coletivos, privados ou públicos. (SANTOS, Moacyr Amaral, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 2011, 28ª ed., p. 30)

1. 61. Desta feita, em uma ACP, consolida-se uma lide (conflito de interesses qualificada por uma pretensão resistida) entre um sujeito ativo (coletividade) e o sujeito passivo (causador do dano, potencial ou efetivo, a interesses coletivos ou difusos). Por substituição processual, os legitimados, por força da Lei, impetrarão a ACP de modo tutelar o bem da vida (que nesse caso é o interesse coletivo ou difuso).
2. 62. Logo, entende-se não ser possível o uso do termo de ajustamento de conduta do § 6º do art. 5º da Lei 7.347, de 1985, para tutelar a defesa do cumprimento de obrigações contratuais na seara público-concessória, pois apenas de forma mediata e tangencial interesses ditos coletivos e difusos daqueles afetados pelos serviços de transporte concedidos serão atingidos.
3. 63. Repise-se, portanto, que a ACP é a ação legítima para tutelar de forma imediata os bens da vida exemplificados na Lei (interesses coletivos em sentido lato), de modo a ensejar reparação, compensação ou mesmo suspensão da continuidade da atividade que esteja causando danos ao bem da vida.
4. 64. Isto posto, passa-se a analisar os TACs firmados pela ANTT no âmbito concessório, incluindo nesses os TACs objeto desta instrução assinados com a TLSA em 27/7/2005 e 20/9/2013.
5. 65. A Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, que regulamenta a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e serve de parâmetro para a estruturação de todas as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, estabelece o seguinte:

Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;

(...)

Art. 6º O preâmbulo indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal. (grifou-se)

1. 66. Vê-se que a Lei deve indicar em seu preâmbulo a base legal que o fundamenta.
2. 67. Os TACs firmados com a TLSA, no âmbito interno da ANTT, eram regulados pela Resolução ANTT 442, de 17 de fevereiro de 2004, e recentemente os novos TACs passaram a ser reguladas pela Resolução ANTT 5.083, de 27 de abril de 2016.
3. 68. Tanto a Resolução anterior, já revogada, quanto a nova se fundamentam para vigor com base nas competências institucionais da ANTT, estabelecidas pela Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, conforme preâmbulos:

[RESOLUÇÃO ANTT 442/2004]

A Diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4 de setembro de 2001, e fundamentada nos termos do Relatório DG - 016/2004, de 16 de fevereiro de 2004, RESOLVE:

[RESOLUÇÃO ANTT 5.083/2016]

A Diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, pelo Regimento Interno, aprovado pela Resolução ANTT nº 3000, de 28 de janeiro de 2009, fundamentada no Voto DMV- 080, de 27 de abril de 2016, e no que consta do Processo nº 50500.070494/2015-II, RESOLVE:

1. 69. Portanto, de antemão, já se percebe que as referidas resoluções não se apoiam nos fundamentos legais do termo de ajustamento de conduta estabelecido na Lei de ACP, em que pese a ANTT ser legitimada para propor ACP e TAC no âmbito da ACP pela Lei 7.347, de 1985. Portanto, qualquer vínculo normativo entre o TAC da Lei 7.347, de 1985, e o TAC das resoluções se mostra totalmente equivocado. Vale esclarecer que a validade dos TACs promovidos pela ANTT provém integralmente das competências regulatórias arroladas nos arts. 20 e 24 da Lei 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 infraestrutura 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.** (grifou-se)

(...)

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

IV – **elaborar e editar normas e regulamentos** relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V – **editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;**

VI – **reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;**

(...)

VIII – **fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avançadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;**

(...)

XVIII - **dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes.** (grifos nossos)

1. 70. Sobre o assunto, vale trazer os ensinamentos doutrinários de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara:

No Direito Contemporâneo, com o aumento da complexidade regulatória, cada vez mais se ampliam os meios postos à disposição dos reguladores para conduzir os comportamentos dos regulados na direção do interesse público. Castigar é só um desses meios – aliás, um velho meio. Mas a punição não é um fim em si mesmo: é simples instrumento da regulação, para obter os fins desejados. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos Substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/234216/mod_resource/content/1/Acordos%C2%A0substitutivos%C2%A0nas%C2%A0san%C3%A7%C3%B5es%C2%A0regulat%C3%B3rias.pdf>. Acesso em 21/3/2017.)

1. 71. Uma das transformações mais evidentes ocorridas no âmbito regulatório nos últimos anos foi a crescente utilização de meios alternativos idôneos – portanto, válidos – de ajuste consensual de conduta entre o administrador público e administrado no exercício da atividade administrativa, dentro de sua discricionariedade. Sem perder de vista a certeza de punição, caso não cumpra com os deveres estipulados, o administrador relativiza a aplicação das sanções em prol do objetivo de induzir o administrado a praticar as condutas esperadas. Isto porque a sanção não tem fim em si mesmo, mas é apenas um meio para o alcance do objetivo.
2. 72. Deve-se pontuar que, se o TAC da ANTT está ancorado apenas em suas competências regulatórias, então não se pode afirmar que o referido ajuste tenha qualquer atributo de executoriedade automática e extrajudicial, pois, como já foi apontado, depende de fundamentação legal e a Lei 10.233, de 2001, nada dispôs sobre isso.
3. 73. De fato, percebe-se pelas resoluções acima citadas e abaixo transcritas, que nada dizem respeito quanto à sua executoriedade extrajudicial, podendo apenas penalizar aquele que não cumprir o acordado por meio da retomada – ou início – dos processos de apuração de responsabilidades e aplicação de penalidades contratuais.

[Resolução ANTT 442, de 2010]

Art. 18 Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução do compromisso assumido pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada, atestando o seu cumprimento, ou não, mediante relatório específico.

(...)

§ 2º Verificado o não cumprimento do compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.

[Resolução 5.083, de 2016]

Art. 16. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução, ou não, do compromisso assumido mediante relatório específico.

(...)

§2º Verificado o não cumprimento do compromisso, sem prejuízo das penalidades previstas no TAC, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado. (grifou-se)

1. 74. Ademais, deve-se apontar que, no âmbito administrativo público, em regra, o TAC da Lei da ACP, muito menos o TAC regulado pelas resoluções da ANTT, não podem dispor sobre os direitos coletivos e difusos, pois os interesses da coletividade são indisponíveis, impassíveis de transação.
2. 75. O mesmo deve-se falar dos direitos e deveres que surgem das relações contratuais entre o setor público e privado. Tais relações são cerceadas por uma série de princípios norteadores, os quais modelam a substância que compõe o interesse público, cuja

essência subjaz em todo o arcabouço normativo público, onde a máxima de sua indisponibilidade triunfa.

3. 76. Assim, em virtude da indisponibilidade do interesse público, os TACs como instrumento consensual para solução de avenças encontra limites na sua utilização. Nesse sentido, cite-se o seguinte trecho do Despacho do Exmo. Ministro Relator (peça 20, p. 8):

Nesse norte, o instrumento consensual não pode ser utilizado indiscriminadamente a ponto de desvirtuar o contrato de concessão pela alteração de metas pactuadas no termo de ajuste, sob pena de frustrar o certame licitatório. Também a celebração de TAC's não pode servir de expediente para estimular a impunidade pela inadimplência contumaz do concessionário infrator; gerar prevenção geral negativa quanto ao enriquecimento ilícito pelos operadores privados à revelia da legislação regulatória, não prever no acordo substitutivo compensação extraordinária pelos danos causados na prestação dos serviços, com o objetivo de assegurar o reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratante e da modicidade tarifária. Em muitos casos, a aplicação de sanção poderá revelar-se mais apropriada ao interesse público, a depender da análise de cada caso concreto.

Assim, a opção pelo acordo substitutivo não pode ser realizada à custa de assunção ou diminuição das obrigações ordinárias já estabelecidas em contrato de concessão, mas deve ser fundada no compromisso de o infrator assumir obrigações extraordinárias, seja, por exemplo, sob a forma de investimentos suplementares na melhoria e atualização tecnológica do serviço, seja na diminuição das tarifas, sob pena de o concessionário incorrer em sanções caso não adira ou cumpra o acordo. Dessa forma, o concessionário inadimplente deve ser desestimulado a portar-se em desacordo com as regras contratuais e normas regulatórias vigentes.

1. 77. Dessa forma, conclui-se o seguinte:

- a) a ANTT é legitimada para propor ACP e, por derradeiro, o TAC regulado na Lei 7.347, de 1985, no âmbito da defesa imediata dos interesses coletivos e difusos apenas; portanto, não é válida para defesa de cumprimento contratual que apenas tangencial e imediatamente implica a afetação de interesses coletivos e difusos daqueles afetados pelos serviços de transporte concedido; o termo de ajuste de conduta da Lei 7.347, de 1985, possui executividade extrajudicial, por força do §6º do seu art. 5º;
- b) o TAC regulado pelas Resoluções 442, de 2004, e 5.083, de 2016, não encontra guarida na Lei da ACP, mas somente na Lei 10.233, de 2001, que estabelece as competências regulatórias institucionais da ANTT; portanto, tal TAC não possui executividade extrajudicial;
- c) o TAC da Lei 7.347, de 1985, só pode ser invocado quando houver uma correspondência direta na relação processual entre o legitimado que intenta a ACP, com fins de proteção, reparo ou compensação, e o causador do dano; se o intuito for a correção da inadimplência contratual da concessionária, o TAC da Lei da ACP não pode ser usado, pois a relação não é imediata, mas intermediada por um contrato (relações contratuais de direito público);
- d) nenhum dos tipos de TAC podem dispor dos direitos coletivos ou difusos, nem dos direitos e deveres que surgem das relações contratuais de direito público no âmbito concessório, pois são albergados pela indisponibilidade do interesse público;
- e) a utilização dos TACs pela Agência não pode ser feita de maneira indiscriminada a ponto de desvirtuar o contrato de concessão pela alteração de metas pactuadas no termo de ajuste, sob pena de frustrar o certame licitatório ou de estimular a impunidade pela inadimplência contumaz do concessionário infrator; e
- f) os TACs devem conter compensação extraordinária pelos danos causados na prestação dos serviços, com o objetivo de assegurar o reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratante e da modicidade tarifária, não podendo ser realizados à custa de assunção ou diminuição das obrigações ordinárias já estabelecidas no contrato de concessão.

1. 78. Ante todo o exposto, com relação à regulamentação do TAC no âmbito da ANTT, vê-se que sua existência é válida e regular, contudo, sua utilização não pode ser feita de forma indiscriminada, devendo obedecer ao princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo exigível a demonstração de sua vantajosidade para a administração em contraponto à aplicação das sanções administrativas ordinárias. Em vista da relevância e materialidade dos objetos tratados nos TACs em tela e sua irrestrita necessidade de se conformar ao interesse público, pendente-se por dar ciência à ANTT de tal conclusão.

2. 79. Passa-se, a seguir, à análise das questões pontuais referentes ao TAC assinado com a TLSA.

Da legalidade na alteração das metas de produção e segurança

1. 80. De fato, conforme foi alegado pelo gestor, o contrato de concessão assinado em 31/12/1997 apenas estabelecia nas cláusulas 5.1 e 5.2, respectivamente, metas de produção e de segurança (acidentes) para os primeiros cinco anos da concessão.
2. 81. Para os demais anos da concessão, seria pactuado novas metas entre o poder concedente e a concessionária, para cada quinquênio.

5.1 – DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

(...)

Parágrafo Único - A CONCEDENTE estabelecerá novas metas anuais de produção de transporte que deverão ser pactuadas com a CONCESSIONÁRIA para cada quinquênio subsequente. Para servir de subsídio ao estabelecimento de tais metas, a CONCESSIONÁRIA deverá apresentar à CONCEDENTE as projeções de demanda de transporte ferroviário, devidamente consubstanciadas por estudos específicos de mercado.

(...)

5.2 – DA SEGURANÇA DO SERVIÇO

(...)

Parágrafo 3º - A CONCEDENTE estabelecerá novas metas anuais, pactuadas com a CONCESSIONÁRIA, relativas à segurança do serviço por ela oferecido, para cada quinquênio subsequente. (Contrato de concessão assinado em 31/12/1997, peça 55, p. 5)

1. 82. Portanto, não há que se falar em alteração das metas contratuais, pois a dinâmica contratual estabelecida determinava a fixação quinquenal das metas, devendo levar em consideração para tal a realidade econômica do período a ser considerado.
2. 83. Ante todo o exposto, **considerando que as irregularidades apontadas na inicial com relação à fixação das metas quinquenais não se mantiveram, dispensa-se medidas adicionais a respeito.**

Da desconsideração das metas de 2012 para fins de verificação anual da adimplência contratual da TLSA

1. 84. Ao compulsar o processo administrativo da ANTT 50500.118433/2013-81 (peça 56), em que se apuraria responsabilidade por descumprimento das metas de produção para o ano de 2012, constata-se que, em vista da assinatura do TAC em 20/9/2013, tendo este ajuste considerado o ano de 2012 como de “adaptação do regime de aproveitamento da malha objeto da concessão” (peça 3, p. 5), determinou a não verificação para fins de cumprimento contratual e seu consequente arquivamento.
2. 85. No entanto, à peça 56, p. 30-31, encontra-se o Despacho 340/2015/Gerof/Sufer/ANTT, de 30/12/2015, em que o Gerente de Regulação e Outorgas Ferroviárias determina o desarquivamento do processo e o prosseguimento de apuração de responsabilidade, em vista de a Ferrovia Transnordestina S.A ter descumprido com as metas de produção estipuladas para o ano subsequente, 2013.
3. 86. Por meio da Nota Técnica 52/2016/Cosef/Gerof/Sufer/ANTT (peça 56, p. 46-58), de 16/8/2016, a ANTT não acolheu as justificativas da concessionária para o descumprimento da meta de produção em 2012 e determinou a instauração de Processo Administrativo Simplificado para apuração de infração e aplicação de penalidade. No processo, não há informações se já teria sido aplicada a penalidade.
4. 87. Pois bem, conforme pode ser visto acima, de fato, o TAC não determinou a desconsideração de todo o ano de 2012 para fins de verificação de meta, mas apenas a suspensão da apuração de responsabilidade e consequente processo de aplicação de penalidade enquanto vigesse o acordo e a concessionária compromissária continuasse adimplente no que tange às suas obrigações ajustadas. No entanto, a partir do momento em que se apurou a falta em uma das obrigações do TAC, o processo de verificação foi retomado.
5. 88. Portanto, **verifica-se que não houve, de fato, qualquer irregularidade no que tange especificamente à desconsideração do ano de 2012.**
- a. b) da ausência de amparo legal para a celebração de TAC com a Transnordestina Logística S.A. tendo por objeto o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade a processo administrativo regular de cobrança de multa relativa a infrações por descumprimento de metas contratuais e outras obrigações contratuais não atendidas pela concessionária e da promoção de mercado desequilibrado, com distorções induzidas pelo próprio poder público devido ao conteúdo dos TACs celebrados. (alíneas “b” e “f” da oitiva à peça 14, p. 9-10; itens II e V da Representação).

Argumentos da ANTT (peça 23)

1. 89. Consignou que, no âmbito da ANTT, a Resolução ANTT 3.561, de 28 de agosto de 2010, disciplina o parcelamento antes da inscrição na dívida ativa, no âmbito dos processos administrativos em trâmite na Agência.
2. 90. No que tange o parcelamento celebrado com a TLSA, esse teve como fundamento normativo o caput do art. 1º da referida resolução.
3. 91. Alegou que existiria duas normas distintas:
 - a. a) a primeira, com base no caput do art. 1º que autorizaria a autarquia a realizar acordos para pagamento de débitos não inscritos em Dívida Ativa;
 - b. b) a segunda, com base no § 2º do mesmo artigo, que permitiria ao autuado solicitar o parcelamento antes do vencimento das multas.
1. 92. Destacou que os parcelamentos pretendidos acima de R\$ 2 milhões só podem ser autorizados por ato específico da Diretoria, conforme arts. 3º e 4º da resolução. A autorização para TLSA veio com a Deliberação 37, de 22 de fevereiro de 2013, e depois ratificada pela Deliberação 195, de 1º de agosto de 2014.
2. 93. Adicionou que a minuta do TAC foi analisada previamente pela Procuradoria Federal junto à ANTT, por meio do Parecer 170-3.3.1/2013/PF-ANTT/PGF/AGU, no qual considerou o parcelamento de acordo com os ditames da Resolução 3.561, de 2010.
3. 94. Esclareceu que a concessionária vem recolhendo o valor das parcelas tempestivamente, apesar de não ter apresentado provas para tanto.
4. 95. Quanto à inscrição na dívida ativa, expôs que, nos termos do art. 10 da Lei 10.480, de 2 de julho de 2002, bem assim no Ato Regimental AGU 2, de 12 de junho de 2007, seria competência exclusiva da Procuradoria-Geral Federal (PGF) o estabelecimento de normas e procedimentos inerentes à cobrança judicial dos créditos inscritos na dívida ativa, o que foge da competência da área técnica da ANTT.
5. 96. Explicou que os procedimentos adotados pela Procuradoria Federal junto à ANTT para a inscrição de débitos na dívida ativa são pautados na Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, bem como nos memorandos, manuais e cartilhas, expedidos pela

Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria-Geral Federal (CGCOB/PGF), a quem compete a regulamentação da matéria.

6. 97. Alegou não ter havido qualquer desequilíbrio no mercado como resultado das avenças, vez que as obrigações assumidas não eram originariamente previstas nas respectivas outorgas, sendo proporcionais aos valores de multa eventualmente aplicáveis às concessionárias ao término dos processos em virtude de condutas somente aferíveis no decorrer da concessão.
7. 98. Acerca do contrato de concessão com a TLSA, refutou a alegação do MPTCU de que a ANTT teria buscado “negociar punições já aplicadas”, afirmando que o parcelamento das dívidas foi feito regularmente e a concessionária encontra-se em dia com o pagamento das multas parceladas.

Análise

1. 99. Pelo entendimento atualmente existente, consolidado por meio das Notas Técnicas CGCOB/Digeap – Digevat 1/2010 e 83/2009, esta última aprovada pelo Despacho CGCOB/Digevat 234/2009, todas da Procuradoria-Geral Federal (PGF), sabe-se que, se existir norma de ente público (autarquia ou fundação) possibilitando o pagamento de débito de forma parcelada em âmbito interno, a Coordenadoria Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos da Advocacia Geral da União (CGCOB/AGU) entende que a regulação geral da PGF, para parcelamento de débitos em dívida ativa, não é aplicável (vide art. 37-B da Lei 10.522, de 2002).
2. 100. Sabe-se que a ANTT possui normativo interno que regula a concessão de parcelamento de débitos: Resolução 3.561, de 2010. Portanto, mostra-se possível a requisição de parcelamento de débitos no âmbito interno da ANTT sem necessidade de inscrição em dívida ativa.
3. 101. Conforme art. 1º da referida Resolução:

Art.1º Fica autorizada a realização de acordos, nos autos dos processos administrativos em trâmite nesta Autarquia, para o pagamento de débitos não inscritos na dívida ativa, em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 60 (sessenta), desde que cada parcela seja de valor igual ou superior a R\$ 1.000,00 (mil reais). (Alterada pela Resolução nº 4.869, de 23.9.15)

§ 1º As multas objeto do parcelamento deixam de ser impeditivas à regularização da concessionária, permissionária ou autorizatória em face da ANTT a partir do recebimento do comprovante de recolhimento da primeira parcela.

§ 2º O autuado poderá solicitar o parcelamento junto à Coordenadoria Especial de Processamento de Autos de Infração e Apoio às Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – COESP antes do vencimento das multas, inclusive na fase recursal, desde que renuncie expressamente ao direito de interpor recurso administrativo contra os autos de infração, conforme modelo constante no Anexo I desta Resolução.

§ 3º O pedido de parcelamento constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para inscrição do crédito no Cadin e na Dívida Ativa, dispensada a notificação ao infrator prevista no art. 2º, §§ 2º e 4º, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, devendo a exatidão dos valores parcelados ser objeto de verificação por parte da ANTT.

1. 102. Conforme dispositivos da resolução, a ANTT está autorizada a realizar acordos para o parcelamento de dívidas em até 60 parcelas mensais. Para isso, é necessário que o autuado o solicite antes do vencimento das multas, conforme § 2º acima transcrito.
2. 103. Acontece que o TAC assinado em 20/9/2013, divergentemente do apontado na Inicial, não “negociou punições já aplicadas”, mas sim promoveu acordo para parcelamento de débitos da concessionária. O problema não está, a princípio, na aplicação da multa em si, mas na irregular efetivação do parcelamento após o vencimento dos valores devidos, o que só poderia ter sido realizado após inscrição em dívida ativa, nos termos do art. 37-B da Lei 10.522, de 2002, c/c entendimento exarado na Portaria PGF 954, de 2009.
3. 104. Logo, tais dívidas não poderiam ter sido parceladas, mas sim dado trâmite necessário para inscrição em Dívida Ativa não tributária. E, segundo o Decreto-Lei 147, de 3 de fevereiro de 1967, recepcionado pela ordem constitucional vigente com status de Lei, a ANTT teria até 90 dias após o vencimento para encaminhar a documentação ao órgão competente para a regular inscrição da dívida ativa, in verbis:

Art. 22. Dentro de noventa dias da data em que se tornarem findos os processos ou outros expedientes administrativos, pelo transcurso do prazo fixado em lei, regulamento, portaria, intimação ou notificação, para o recolhimento do débito para com a União, de natureza tributária ou não tributária, as repartições públicas competentes, sob pena de responsabilidade dos seus dirigentes, são obrigadas a encaminha-los à Procuradoria da Fazenda Nacional da respectiva unidade federativa, para efeito de inscrição e cobrança amigável ou judicial das dívidas deles originadas, após a apuração de sua liquidez e certeza.

1. 105. No que tange ao parcelamento de dívidas vencidas, registre-se que o assunto está sendo tratado no âmbito do TC 010.453/2014-8, o qual trata de avaliação de conformidade da execução contratual da concessão da ferrovia Transnordestina.
2. 106. No Relatório de Auditoria do referido TC, há achado de auditoria (TC 010.453/2014-8, peça 67, p. 22-23) nos seguintes termos, abaixo transcrito:

3.3 - Irregularidades na gestão contratual da concessão ferroviária da Malha Nordeste.

3.3.1 - Situação encontrada:

(...)

A.1) irregularidade na celebração de TAC para parcelamento de dívidas de processos que já aplicaram multa:

Verificou-se que a ANTT utilizou o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC firmado em 20/9/2013 para fazer o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade ao processo administrativo regular de cobrança da multa. O referido instrumento de acordo relaciona em seu texto o número dos processos em que foram apuradas irregularidades e pendências na execução do contrato de concessão. Entre essas irregularidades, constam infrações relativas a descumprimento de metas, a ausência de manutenção de via permanente, de instalações e de equipamentos, além de outras obrigações não atendidas pela concessionária.

Na análise dos processos de penalidade é possível constatar que, na prática, não houve, até hoje qualquer pagamento de multa por parte da Concessionária, em que pese as inúmeras infrações por ela cometidas ao longo de toda a concessão. A despeito disso, todas as multas aplicadas até o ano de 2013 foram incorporadas pelo TAC.

Entretanto, após analisar os processos administrativos 50500.017812/2010-10 e 50500.033721/2011-02, restou patente que multas por infrações já haviam sido efetivamente aplicadas e já se encontravam em fase de cobrança quando a ANTT as inseriu no instrumento de ajuste de conduta. Os referidos processos administrativos tiveram por objeto a aplicação de multa decorrente de descumprimento de metas de desempenho, para o qual as justificativas da concessionária não foram acolhidas pela ANTT. Outro processo, ainda mais antigo, também constante do TAC, 50500.003081/2003-98, teve sua respectiva multa parcelada, ainda que já passados mais de 10 (dez) anos do fato ocorrido.

A adoção desse procedimento pelo poder concedente fere o §2º do Art. 1º da Resolução 3561/2010/ANTT. Tal resolução dispõe sobre o parcelamento de débitos resultantes de infrações praticadas pelas concessionárias, e estabelece, expressamente que "o autuado poderá solicitar o parcelamento (...) **antes do vencimento das multas** (...)". (grifo nosso).

Outrossim, ao incluir as dívidas de valor (R\$ 10.275.458,28) referente às multas no mencionado TAC, a ANTT extrapolou o comando contido no art. 16 da Resolução 442/2004/ANTT, visto que esse instrumento possui a finalidade de corrigir as pendências, irregularidades ou infrações cometidas pela concessionária, que não abrange a inclusão de dívidas já contraídas com finalidade de parcelamento.

Por fim, conclui-se que a inclusão de dívidas já aplicadas, especialmente quando já vencidas, em Termos de Ajustamento de Conduta afronta o §2º do Art. 1º, da Resolução 3561/2010/ANTT e o art. 16 da Resolução 442/2004/ANTT. Desse modo, conclui-se pela necessidade da oitiva da Agência reguladora.

1. 107. A equipe de auditoria propôs promoção de oitiva da ANTT para que se manifestem quanto à:

c) irregularidades na gestão contratual da concessão ferroviária pela ANTT, especialmente:

(...)

c.1) irregularidade na celebração de TAC para parcelamento de dívidas de processos que já aplicaram multa, em afronta ao §2º do art. 1º da Resolução ANTT 3.561/2010 e ao art. 16 da Resolução ANTT 442/2004;

1. 108. Após respostas às oitivas, a equipe de auditoria analisou os argumentos apresentados pela ANTT, tendo concluído pelo seguinte (peça 67, p. 23):

(...)

Manifestação da TLSA e FTL

As concessionárias (peça 116, p. 36-37) alegam que a assinatura do TAC fez parte das negociações de definição dos parâmetros operacionais do Projeto Nova Transnordestina e das premissas, uma vez que, na visão das concessionárias, esse instrumento teria o condão de eliminar pendências de qualquer natureza e definir critérios para a execução do Projeto e a operação da Malha Nordeste como um todo.

As concessionárias concluíram que, com base na Resolução ANTT 3.561/2010, esse instrumento de acordo seria adequado para o pagamento de débitos ainda não inscritos na Dívida Ativa.

Análise da manifestação da TLSA e FTL

As concessionárias reconheceram que a celebração do TAC fez parte de uma negociação com o intuito de eliminar as pendências existentes junto a ANTT. Por esse motivo, a Agência, visando eliminar quaisquer empecilhos que pudessem atrapalhar a construção e o financiamento do Projeto Nova Transnordestina, incluiu, indiscriminadamente, todos processos administrativos abertos contra a concessionária. Tal alegação reforça que o TAC assinado continha multas aplicadas que se encontravam vencidas.

Análise da responsabilização

O Senhor Jean Mafra dos Reis, Superintendente de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas, é o responsável pela assinatura do Termo de Ajuste de Conduta com a concessionária TLSA em 20/09/2013 para parcelar multas aplicadas em montante superior a R\$ 2 milhões, em afronta ao que preconiza o artigo 1º, §2º, e o artigo 3º da Resolução 3.561/2010/ANTT, quando, a rigor, deveria ter dado continuidade aos processos de cobrança daquelas mesmas multas, que naquela data já haviam sido autuados e se encontravam em trâmite junto à autarquia e ter submetido o TAC à Diretoria para aprovação.

Não é possível afirmar que houve boa-fé por parte do responsável nem tampouco que ele não tinha a potencial consciência da ilicitude, tendo em vista que a celebração do TAC ocorreu mesmo depois do próprio responsável ter julgado improcedente, em 18/2/2013, o recurso apresentado pela TLSA diante da multa no montante de R\$ 1.672.646,96 aplicada no âmbito do processo administrativo 50500.033721/2011-02.

Era exigida conduta diversa do responsável, visto que, após análise, o responsável deveria ter dado ciência à concessionária do novo prazo para pagamento Guia de Recolhimento da União - GRU referente a multa, ou seja, deveria ter dado prosseguimento à cobrança das multas já aplicadas.

Ademais, o responsável deveria ter levado em consideração os termos do art. 3º da Resolução 3.561/2010/ANTT, que condiciona

claramente a autorização para parcelamentos acima de R\$ 2.000.000,00 a ato específico da Diretoria da ANTT, motivo pelo qual o superintendente não poderia ter assinado tal termo de ajuste autorizando tal parcelamento. O responsável deveria ter submetido o TAC para manifestação da Diretoria, que é a instância competente.

Conclusão

Como conclusão, a manifestação encaminhada pela ANTT não foi suficiente para elidir a irregularidade apontada. Contudo, diante do pagamento da 1ª parcela do TAC, nesse momento, torna-se inócuo qualquer ação visando desmembrar as dívidas já aplicadas do termo de ajustamento de conduta para cobrança individual das dívidas. Dessa forma, **propõe-se realizar a audiência do Sr. Jean Mafra dos Reis por ter infringido o §2 do art. 1º assim como o art. 3º, ambos da Resolução ANTT 3.561/2010, além de dar ciência à ANTT de que a inclusão de multas já vencidas no TAC e o parcelamento de dívidas já vencidas afronta o referido dispositivo e é desprovido de efeito educativo ou coercitivo que possa ser revertido ao interesse público.**

Visando o fortalecimento da Agência no acompanhamento contratual das concessões ferroviárias, espera-se que a Agência evite novas recorrências desse tipo de irregularidade. A correta aplicação do instrumento de TAC pela ANTT é fundamental para coibir a sensação de impunidade por parte das concessionárias e incentivar o correto cumprimento do contrato de concessão em benefício do usuário.

1. 109. Portanto, com relação ao presente item de oitava deste processo, pode-se constatar, por meio das informações do TC 010.453/2014-8, que de fato, houve celebração de TAC com a Transnordestina Logística S.A. tendo por objeto o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade a processo administrativo regular de cobrança de multa relativa a infrações por descumprimento de metas contratuais e outras obrigações contratuais não atendidas pela concessionária, em desrespeito ao normativo interno da ANTT para parcelamento de dívidas, especificamente no que tange o § 2º do art. 1º assim como o art. 3º, ambos da Resolução ANTT 3.561/2010.
2. 110. Contudo, registre-se que, em que pese as propostas de encaminhamento oferecidas pela equipe de auditoria após oitavas, o referido TC se encontra sobrestado, por proposta do MPTCU até o julgamento da Representação autuada sob o número TC 012.179/2016-7, que trata de indícios de irregularidades graves cometidas pela ANTT pela prática de atos e procedimentos que resultaram na celebração de contratos com as empresas TLSA e Ferrovia Transnordestina Logística S.A (FTL), para a construção, sem licitação prévia, da ferrovia Transnordestina, com aproximadamente 1.728 quilômetros de extensão, ligando os portos de Pecém (CE) e Suape (PE) ao município de Eliseu Martins (PI).
3. 111. Nesse sentido, em que pese as irregularidades apontadas nesta seção, deixa-se de propor providências adicionais devido ao aguardo do desfecho do TC 010.453/2014-8 ora sobrestado.
- a. c) da inviabilidade de execução judicial dos TACs celebrados, que preveem apenas a instauração de processo administrativo ordinário para apuração de pendências, na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas por meio dessas avenças, e da inexistência de consequências diretas e passíveis de serem impostas na hipótese de descumprimento dos TACs firmados (alíneas “c” e “d” da oitava à peça 14, p. 9-10; item III da Representação).

Argumentos da ANTT (peça 23)

1. 112. Alegou que os TACs celebrados no âmbito da ANTT não são de natureza substitutiva das penalidades previstas nos contratos de concessão. Isso porque os referidos termos suspendem os processos administrativos de apuração das supostas irregularidades e adotam medidas compensatórias célere que visam ao atendimento do usuário.
2. 113. Comparou com os dispositivos da Lei da ACP, em que o Ministério Público, ao optar pela celebração de TACs em detrimento da propositura de ACP, o faz em razão da percepção de que o instrumento se mostraria, no caso concreto, mais eficiente e eficaz na resolução da questão.
3. 114. Esclareceu que a ocorrência de uma desconformidade contratual não remeteria automaticamente a culpa ao concessionário. O fato tido como irregular poderia ter sido causado por terceiro, por fato da natureza ou por culpa da própria administração.
4. 115. Explicou que a celebração do TAC com previsão de medidas compensatórias teria por finalidade o atendimento do interesse público de forma mais célere, pois a concessionária assumiria a responsabilidade pela correção das desconformidades apontadas, independentemente do procedimento instaurado para apurar a sua culpa, limitando, inclusive, a posterior judicialização do processo, um dos principais fatores da baixa eficácia de recolhimento de multas pelos órgãos da administração.

Análise

1. 116. De fato, como já foi apontado, o TAC da ANTT, regulado pelas resoluções internas, está baseado apenas em suas competências regulatórias, então não se pode afirmar que o referido ajuste tenha qualquer atributo de executoriedade automática e extrajudicial, pois, como já foi apontado, depende de fundamentação legal e a Lei 10.233, de 2001, nada dispõe sobre isso.
2. 117. Conforme já citado, as resoluções que tratam do assunto nada dizem respeito quanto à sua executoriedade extrajudicial, podendo apenas penalizar aquele que não cumprir o acordado por meio da retomada – ou início – dos processos de apuração de responsabilidades e aplicação de penalidades contratuais.
3. 118. De qualquer forma, conforme já apontado, isso não invalida o TAC, pois possui respaldo nas competências legais da Agência. No entanto, ao prever apenas a cominação de retomada, ou início, dos processos administrativos, de fato, o ajuste não consegue compelir o compromissário a cumprir com suas obrigações ajustadas.

4. *119. É claro porque acontece. Ora, se a concessionária comete culposamente falta passível de aplicação de penalidade, então o que resta para a empresa será a postergação da condenação ao máximo que conseguir para que, por exemplo, o valor da multa esperada diminua com o tempo, devido à inflação ou mesmo ao capital da empresa que, aplicado em investimentos financeiros, rende frutos que não surgiriam, caso a multa já tivesse sido paga.*
5. *120. Portanto, a empresa tem incentivos econômicos na impetração de recursos administrativos em todas as instâncias admissíveis, independentemente de possuir justificativas plausíveis para a infração discutida.*
6. *121. Neste diapasão, se o órgão público, no caso a ANTT, passa a oferecer ajuste administrativo em que a empresa infratora é beneficiada com mais tempo para pagar a multa, por meio da suspensão dos processos correlatos de apuração e/ou penalidade, em troca de apenas intenções, e não obrigações – pois, conforme já várias vezes alhures dito, o TAC da ANTT não é autoexecutório – da concessionária, no sentido de intentar acertar, corrigir ou ajustar condutas discrepantes da norma contratual concessória, esta sempre vai ansiar por firmar o acordo, contudo não há incentivos positivos ou negativos para cumpri-lo, pois se ficar imóvel, sem agir ou corrigir nenhuma conduta, no mínimo estará ganhando o tempo da suspensão dos processos, sem arcar com qualquer penalidade adicional pela falta de comprometimento com o ajuste firmado.*
7. *122. É notório, como pôde se ver, que os TACs assinados em 27/7/2005 e 20/9/2013, com a TLSA, tiveram baixo índice de cumprimento das obrigações estipuladas.*
8. *123. Então, de fato, a regulamentação do TAC, procedida pela Resolução 5.083, de 2016, da forma que está, não tem o condão de garantir a efetividade no cumprimento das “obrigações” compactuadas com o compromissário. De fato, a ausência da autoexecutoriedade extrajudicial dificulta a compulsão do compromissário para o bem da vida intentado pela ANTT. No entanto, há formas, dentro da discricionariedade dada pela Lei, de se melhorar os mecanismos do TAC em prol da satisfação do interesse público.*
9. *124. Um meio que, a princípio, poderia ser utilizado como barganha ante empresas infradoras é a possibilidade de parcelamento regular de dívidas não vencidas, com fulcro na Resolução 3.561, de 2010, caso – e enquanto – cumpra com as obrigações estipuladas. A vantagem da possibilidade do parcelamento, sob a ameaça de vencimento antecipado de toda a dívida de uma vez em caso de descumprimento, induzirá alinhamento das empresas concessionárias para os objetivos perseguidos pela ANTT. Ademais, conforme § 3º do art. 1º da referida Lei, o pedido de parcelamento se torna confissão de dívida para fins de direito tributário e instrumento hábil para inscrição no Cadin e em Dívida Ativa, não pedindo assim discussões de mérito sobre o procedimento no âmbito do judicial, o que favorece a também a redução dos imbróglis jurídicos em torno da legalidade das multas aplicadas em cada caso concreto que amontoam as varas federais.*
10. *125. Claro que há de depender de uma comparação entre o valor monetário das obrigações a serem assumidas frente ao valor das dívidas a serem parceladas. Uma dívida de R\$ 1.000,00 não vai compelir um infrator a cumprir com obrigações de alguma natureza no valor de R\$ 10 milhões, por exemplo.*
11. *126. Quanto ao caso concreto, de um lado, deve-se mencionar que os TACs firmados, até o momento no âmbito da ANTT, foram construídos com base na Resolução 442, de 17 de fevereiro de 2004, e posteriormente na Resolução 5.083, de 27 de abril de 2016, portanto, aqueles que assinaram o acordo o fizeram dentro da estrita juridicidade do termo, redigido conforme a norma interna da agência reguladora.*
12. *127. Por outro, a diretoria colegiada, ao aprovar as referidas Resoluções 442, de 2010, e 5.083, de 2016, teria, a princípio, alguma dificuldade em apreciar que a cominação atualmente existente no normativo seria insuficiente para os objetivos que se quer alcançar, pois tais conclusões surgem mais facilmente na análise dos casos concretos, como é o caso dessa instrução.*
13. *128. Portanto, apesar de, nesse ponto específico, não se vislumbrar máculas nos TACs ora analisados, a inexistência de consequências diretas e passíveis de serem impostas na hipótese de descumprimento dos TACs devido à falta de previsão clausular mostra-se grave, pois afasta as condutas dos administrados do interesse público, pois a finalidade do TAC não é alcançada com sua assinatura pela ANTT. Soma-se a isso a materialidade (os projetos de infraestrutura são da ordem de bilhões de reais) e relevância para o contexto econômico-social do país das relações contratuais manipuladas por meio dos TACs.*
14. *129. Logo, agora em diante, em vista da gravidade, mostra-se necessário determinar à ANTT **que se abstenha de assinar Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) que apenas prevejam como cominação a adoção das providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, conforme preceitua o § 2º do art. 16 da Resolução ANTT 5.083, de 27 de abril de 2016, pois tal cominação não é capaz de compelir os compromissários com quem a Agência assina termo de ajustamento de conduta ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, o que afronta o Princípio da Finalidade Administrativa e da Supremacia do Interesse Público.***
15. *130. Ainda, propõe-se recomendar à ANTT para que revise a Resolução 5.083, de 27 de abril de 2016, de modo a estabelecer em seu conteúdo a inclusão de incentivos positivos (prêmios) e negativos (cominações), dentro da discricionariedade que a Lei permite, nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) assinados pela Agência, de modo a efetivamente induzir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações avençadas, em respeito aos Princípios da Eficiência, Finalidade Administrativa e da Supremacia do Interesse Público.*
16. *131. Com relação aos TACs analisados nessa instrução, conforme foi visto acima, e será acentuado na próxima seção abaixo, eles não lograram êxito no cumprimento das obrigações estipuladas; foram já oficialmente descartados como meios de ajuste das*

irregularidades da concessionária, pois essa não cumpriu seus termos nos prazos estipulados; por último, não têm mais o condão de produzir efeitos jurídicos nas relações contratuais entre a TLSA e o poder concedente. Por isso, dispensa-se qualquer medida saneadora a respeito desses ajustes.

17. 132. Ante ao exposto até o momento, superada a questão da legalidade, passa-se a análise da efetividade dos TACs firmados com a TLSA conforme solicitado no item “d” da SCN.

Da efetividade dos TACs em tela

1. 133. De fato, especificamente com relação aos TACs assinados com a TLSA, percebe-se baixa efetividade dos ajustes em induzir a concessionária a cumprir com as obrigações estipuladas na avença.
2. 134. No que tange a esse ponto, com vistas ao atendimento da Solicitação do Congresso Nacional, passa-se a tecer alguns comentários a respeito. Proceder-se-á a uma breve análise dos problemas identificados que ensejaram a assinatura dos TACs de 27/7/2005 e 20/9/2013, as obrigações estipuladas em cada um dos ajustes, o grau de seu cumprimento e situação atual.
3. 135. O contrato de concessão estabelecia as seguintes metas de produção e segurança para o primeiro quinquênio da concessão:

5.1 – DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

(...)

- 0,9 bilhões de toneladas.kilômetro úteis no primeiro ano;
- 1,2 bilhões de toneladas.kilômetro úteis no 2º ano;
- 1,5 bilhões de toneladas.kilômetro úteis no 3º ano;
- 1,7 bilhões de toneladas.kilômetro úteis no 4º ano;
- 1,8 bilhões de toneladas.kilômetro úteis no 5º ano.

(...)

5.2 – DA SEGURANÇA DO SERVIÇO

(...)

- 5% até ao final do 1º ano;
- 15% no 2º ano;
- 25% no 3º ano;
- 35% no 4º ano;
- 40% no 5º ano. (Contrato de concessão assinado em 31/12/1997, peça 55, p. 5-6)

1. 136. Tais metas se encontram estipuladas nos gráficos abaixo. Vê-se que, para o primeiro quinquênio da concessão, a concessionária já não tinha cumprido com as metas estipuladas, seja de produção seja de segurança, em nenhum dos anos considerados.

Gráfico 1: Comparação das metas pactuadas com os níveis de desempenho alcançados anualmente pela TLSA ao longo da concessão

Fonte: TC 010.453/2014-8, peça 207, p. 6. Nota: nos exercícios de 2003 e 2004, não houve estipulação prévia de metas de produção pelo Poder Concedente, visto que na ocasião a ANTT ainda se encontrava em fase de estruturação.

1. 137. Os anos de 2003 e 2004 foram anos atípicos na estipulação das metas, pois como a ANTT se encontrava em estruturação, não houve tempo suficiente para a pactuação de metas para esse período. Ressalta-se ainda que, antes de 2005, não havia ainda agência reguladora estruturada, motivo pelo qual não houve processo administrativo de verificação do cumprimento de metas contratuais.

Gráfico 2: Comparação das metas pactuadas com os níveis de redução de acidentes alcançados anualmente pela TLSA ao longo da concessão

Fonte: TC 010.453/2014-8, peça 207, p. 6. Nota: nos exercícios de 2003 e 2004, não houve estipulação prévia de metas de produção pelo Poder Concedente, visto que na ocasião a ANTT ainda se encontrava em fase de estruturação.

1. 138. Com relação às metas de segurança, houve apenas o cumprimento nos anos de 2006, 2007, 2012 e 2013, não porque tenham efetivado medidas de precaução e prevenção de acidentes, mas muito provavelmente porque a produção de transporte ferroviário na malha nordeste estava em níveis baixos – e em diminuição, ano após ano – o suficiente para sequer provocar acidentes em quantidade substancial.
2. 139. Para corroborar tal afirmativa à peça 57, p. 5, se encontra o Parecer 1/2011/FF/Urce, de 6/9/2011, em que se consignou:

2) o baixo índice de acidentes no trecho também não serve de escusa por parte da Concessionária, tendo em vista que o transporte executado na linha em análise se caracteriza apenas como esporádico ou eventual, (...)

1. 140. A partir de 2005, houve a estipulação de metas pelo TAC assinado em 27/7/2005 com a então Companhia Ferroviária do Nordeste (peça 4).

[Metas de Produção para o quinquênio 2005-2009]

Janeiro a Dezembro de 2005: 1 bilhão de toneladas.kilômetro úteis;

Janeiro a Dezembro de 2006: 1,40 bilhões de toneladas.kilômetro úteis;

Janeiro a Dezembro de 2007: 1,82 bilhões de toneladas.kilômetro úteis;

Janeiro a Dezembro de 2008: 1,94 bilhões de toneladas.kilômetro úteis;

Janeiro a Dezembro de 2009: 2,05 bilhões de toneladas.kilômetro úteis;

[Metas de Segurança para o quinquênio 2005-2009]

Janeiro a Dezembro de 2005: redução de 20,90% em relação ao índice de referência;

Janeiro a Dezembro de 2006: redução de 21,43% em relação ao índice do ano anterior;

Janeiro a Dezembro de 2007: redução de 20,45% em relação ao índice do ano anterior;

Janeiro a Dezembro de 2008: redução de 20,00% em relação ao índice do ano anterior;

Janeiro a Dezembro de 2009: redução de 14,29% em relação ao índice do ano anterior; (peça 4, p. 6)

1. 141. O objeto deste TAC, como foi visto, consistia em uma série de itens com fins de recuperação operacional da infra e superestrutura da via permanente nos trechos Jorge Lins – Salgueiro e Catende – Propriá, bem assim do compromisso de a CFN apresentar uma proposta de solução para os problemas identificados no Ramal de Macau, e do material rodante arrendado que ainda pudesse ser recuperado, em vista da postergação não justificável da manutenção e de investimentos na via permanente e no material rodante, causando impacto negativo na prestação dos serviços à sociedade.
2. 142. Ademais, registre-se que as multas aplicadas pela ANTT no âmbito do processo administrativo ANTT 50500.003081/2003-98 (notificações de autuação 221.058, 221.059, 221.060, 221.061, 221.062, 221.063, 221.064, 221.065, 221.066, 221.067 e 221.068) foram incluídas no TAC, de modo que deveriam ser pagas, sob pena de implicar a abertura de processo para apurar os fatos irregulares e aplicar as penas cabíveis, por força do item 3.3 do acordo (peça 4, p. 7).
3. 143. Constatou-se que as metas de produção estipuladas no TAC já eram inferiores aos valores estipulados em contrato para o quinquênio anterior (1999-2004), mas mesmo assim a concessionária não conseguiu alcançá-las.
4. 144. Em vista do não cumprimento das metas, foram abertos processos administrativos, ano após ano, para averiguação de responsabilidade e aplicação de penalidade, conforme abaixo:
- a. a) **Processo Administrativo ANTT 50500.056642/2006-02** – Não cumprimento das metas de produção e segurança para o ano de 2005: Acatou as justificativas da concessionária quanto ao alcance das metas de produção, mas não quanto às metas de segurança, motivo pelo qual a concessionária recebeu advertência administrativa;
- b. b) **Processo Administrativo ANTT 50500.007004/2008-II**– Não cumprimento das metas de produção e segurança para o ano de 2006: Acatou todas as justificativas da concessionária;
- c. c) **Processo Administrativo ANTT 50500.043478/2008-II** – Não cumprimento das metas de produção para o ano de 2007: Acatou todas as justificativas da concessionária e ainda repactuou as metas de produção para os anos 2008 e 2009 para o valor de 0,93 bilhões de tku. Sobre o assunto, a nota técnica que analisou as justificativas da concessionária e o pleito de repactuação das metas de produção para 2008 e 2009 consignou:

5.2 O Estudo Técnico – que constitui o Anexo I desta nota técnica, realizado pela Gerec com base no trabalho realizado pela consultoria Ernst & Young em parceria com a Esalq-Log (...) identifica que os valores de metas em tku propostos pela Transnordestina (...) para os anos 2008 e 2009, se apresenta (sic) mais superior à projeção obtida na tendência de captação de carga da Esalq-Log (...)

5.2.1 O aprofundamento da análise baseado em dados de produção de transporte do Sistema de Acompanhamento e Fiscalização de Transporte – SAFF e na série histórica de produção de transportes da Concessionária no período de 2003 a 2007, onde mostra que a produção da Transnordestina nunca ultrapassou **1 bilhão de tku anual**, é razoável repactuar metas factíveis para os anos de 2008 e 2009. O referido estudo propõe, apesar da proposta mais agressiva da Concessionária e do resultado da metodologia que utiliza as tendências do Estudo da Esalq Log, novas metas de repactuação conforme tabela seguinte:

Tabela 1 – Análise de Metas de Produção de 2008 e 2009

Comparação de Metas de Produção de Transporte – Bilhões de tku 2008-2009		
Ano	2008	2009
Proposta Transnordestina	1,13	1,35
Projeção ESALQ LOG ICD 14, mais conservadora	1,04	1,12
Proposta factível	0,93	0,93

- a. d) **Processo Administrativo ANTT 50500.035782/2009-81** – Não cumprimento das metas de produção e segurança para o ano de 2008: Em que pese a meta ter sido reduzida abaixo do valor proposto pela TLSA, esta não conseguiu cumprir com a meta estabelecida para a produção e para a segurança. As justificativas apresentadas não foram acolhidas pela Deliberação 188, de 16 de junho de 2010. Foi expedido auto de infração 101, de 23/7/2010. A concessionária foi informada pela Notificação 221.101, de mesma data. Mas, após recurso, a ANTT resolveu reconsiderar sua decisão e assim acolher as justificativas, por meio da Resolução ANTT 3.773, de 1º/2/2012; e
- b. e) **Processo Administrativo ANTT 50500.017812/2010-10** – Não cumprimento das metas de produção e segurança para o ano de 2009: As justificativas para o descumprimento não foram acatadas, razão pelo qual foi notificada da penalidade pecuniária de R\$ 1.539.966,55 (auto de infração 102, de 25/1/2011) por meio da notificação de 221.102, de mesma data, atualizada para R\$ 1.818,575,76.
145. Com relação às multas aplicadas no âmbito do processo administrativo ANTT 50500.003081/2003-98, registre-se que a TLSA não só não pagou as multas, descumprindo condição para a prevenção da rescisão do acordo assinado em 27/7/2005, como ingressou em juízo com pedido liminar em 28/11/2011, o qual foi deferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (peça 59).
 146. De qualquer forma, conforme foi visto, com apenas o descumprimento do alcance das metas de produção e de segurança para 2005 já era o suficiente para a quebra do acordado no TAC, por força do item 4 – Das Penalidades. Nada obstante, o desenho regulatório do TAC de 2005 foi tão frágil que nem a cominação de retomada dos processos administrativos de apuração de responsabilidade ou aplicação de penalidade tinham consequências diretas sobre a concessionária, pois não havia processos abertos de apuração de infrações, com exceção de um: o 50500.003081/2003-98. Portanto, para a concessionária continuar cumprindo ou não o acordo não tinha a menor diferença. Tanto que ela entrou com liminar para suspender o pagamento das multas do processo acima mencionado e ainda não cumpriu com as obrigações estipuladas com relação à recuperação da via permanente e do material rodante, como vai ser visto adiante.
 147. Sobre o assunto, o 1º Relatório de Acompanhamento do TAC (peça 60, p. 1) determinou as datas limites para a conclusão das recuperações estipuladas no TAC.

ITEM 2.1.3 – PRAZOS DEFINIDOS POR TRECHO.

Linha CENTRO – Trecho Jorge Lins-PE a Salgueiro-PE – A Data limite para conclusão dos serviços é 27 de julho de 2009

Linha SUL – Trecho Catende-PE a Propriá-SE – A data limite para conclusão dos serviços é 27 de julho de 2007

Ramal de Macau – A proposta para sanar as deficiências entre os trechos de Paula Cavalcanti – Parnamirim e Ceará Mirim-Macau deverá ser apresentada até 30 de dezembro de 2005.

148. Com relação às deficiências do Ramal de Macau, a concessionária se limitou a suspender o oferecimento de serviço de transporte de cargas por falta de demanda (peça 61, p. 2), o que, para a ANTT, foi considerado cumprimento do item 2.1.3.3 que demandava proposta de solução para os problemas na via permanente do Ramal de Macau nos trechos de Paula Cavalcanti – Parnamirim e Ceará Mirim – Macau.

ITEM 2.1.3.3 – RAMAL DE MACAU

Foi entregue pela CFN a carta nº CEX-PRCFN-108/05, de 20.12.2005, solicitando a suspensão do serviço de transporte ferroviário de carga nos ramais e sub-ramais ferroviários na jurisdição do estado do Rio Grande do Norte (ramal Paula Cavalcanti – Macau), tendo em vista a inexistência de demanda comercial capaz de justificar a manutenção operacional do trecho.

149. Mais tarde, a ANTT estendeu o prazo para a finalização da recuperação do trecho Catende – Propriá até 31/12/2008, por meio da Deliberação 310, de 26/7/2007. E depois, após novo pedido da TLSA, para 30/4/2010, pela Resolução 3.371, de 17 de dezembro de 2009.
150. Não se sabe, pelos autos, se o trecho foi recuperado. Apenas há notícias sobre fortes chuvas que ocorreram nos estados de Pernambuco e Alagoas, do dia 19 ao dia 22 de junho de 2010, nos estágios finais da obra de recuperação.
151. Com relação ao trecho Jorge Lins – Salgueiro, o prazo parece ter sido desprezado, pois, não há informações nos autos de que a concessionária tenha pedido prorrogação do prazo e nem de que a ANTT tenha procurado intimar a concessionária de sua situação de inadimplência.
152. É certo que, no período, em vista da recém assinatura do protocolo de intenções com a União e outras entidades públicas a fim de construção do projeto Ferrovia Nova Transnordestina, houve mudanças conceituais no desenho da malha a ser construída, entre outras pendências, como a de obtenção de financiamento pelo Finor que exigia do devedor sua inscrição na Comissão de Valores Mobiliários como companhia aberta, tais fatores de certo acabam por atrasar a obra. No entanto, o acordo da ANTT com a CFN, não era condicionado a financiamentos, mas sim era uma obrigação contratual direta da concessionária em recuperar o patrimônio ferroviário avariado.
153. Mais adiante, enquanto se aplicava multa por descumprimento das metas de 2008 e se concluía pelo não acolhimento das justificativas para cumprimento das metas de 2009, a ANTT pactuou novas metas com a TLSA para o quinquênio 2010-2014, por meio dos anexos da Resolução 3.550, de 21 de julho de 2010, abaixo reproduzidos, as quais, por sinal, previam produção a quem

dos valores alcançados em anos anteriores.

Tabela 2 – Anexos da Resolução ANTT 3.550, de 21 de julho de 2010

ANEXO I

Transnordestina Logística S.A METAS DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO	
PERÍODO	PRODUÇÃO DE TRANSPORTE
Janeiro a Dezembro de 2010	0,77 bilhão de toneladas quilômetro úteis
Janeiro a Dezembro de 2011	0,86 bilhão de toneladas quilômetro úteis
Janeiro a Dezembro de 2012	7,11 bilhão de toneladas quilômetro úteis. (*)
Janeiro a Dezembro de 2013	7,40 bilhão de toneladas quilômetro úteis. (*)
Janeiro a Dezembro de 2014	7,85 bilhão de toneladas quilômetro úteis. (*)

(*) Valores vinculados à entrada em operação do Projeto da Nova Transnordestina em 2012, que deverá ser de 7,11 bilhões de tku para o primeiro ano de operação e 7,40 e 7,85 bilhões de tku, para os anos subsequentes. Caso não entre em operação no quinquênio, a Concessionária deverá atingir as metas de 0,91; 0,95 e 1,01 bilhões de tku para os anos 2012, 2013 e 2014, respectivamente, relativas à malha existente.

ANEXO II

Transnordestina Logística S.A METAS DE REDUÇÃO DE ACIDENTE	
PERÍODO	ÍNDICE DE REDUÇÃO DE ACIDENTES POR MILHÃO DE TRENS.KM
Janeiro a Dezembro de 2010	28,10% (1)
Janeiro a Dezembro de 2011	8,33%
Janeiro a Dezembro de 2012	52,36% (*)
Janeiro a Dezembro de 2013	43,02% (*)
Janeiro a Dezembro de 2014	2,18% (*)

(*) Valores vinculados à entrada em operação do Projeto Nova Transnordestina em 2012, que deverá ser de 7,11 bilhões de tku para o primeiro ano de operação e 7,40 e 7,85 bilhões de tku, para os anos subsequentes. (...)

Fonte: ANTT. Disponível em < http://www.antt.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=3734>. Acesso em: 23/3/2017.

1. 154. As metas reduzidas para o quinquênio 2010-2014 não foram baixas o suficiente para que a concessionária as alcançasse, o que ensejou, ano após ano, a abertura de novos processos administrativos para apuração de responsabilidades e aplicação de penalidades, como pode ser visto abaixo:

a. a) **Processo Administrativo ANTT 50500.033721/2011-02** – Não cumprimento das metas de produção e de segurança para o ano de 2010: As justificativas para o descumprimento não foram acatadas, razão pelo qual foi aplicada multa (auto de infração 17, de 31/10/2011), no valor de R\$ 1.672.646,96. A concessionária foi notificada na mesma data. Mas, por meio da Resolução 3.712, de 25 de agosto de 2011, a Diretoria Colegiada resolveu acolher as justificativas da concessionária quanto ao descumprimento das metas de produção apenas. E ainda diminuiu, ainda mais, as metas para os demais anos do quinquênio para os seguintes valores:

Tabela 3 – Novas metas estipuladas pela Resolução ANTT 3.712, de 25 de agosto de 2011.

	Meta de Produção	Meta de Redução de Acidentes
2011	0,736 bilhões de tku	160 acidentes por milhão de trem.km
2012	7,034 bilhões de tku	52,41 acidentes por milhão de trem.km
2013	7,318 bilhões de tku	29,86 acidentes por milhão de trem.km
2014	7,766 bilhões de tku	29,21 acidentes por milhão de trem.km

Fonte: ANTT. Disponível em: < http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4712/Resolucao_n_3712.html>. Acesso em: 23/3/2017.

a. b) **Processo Administrativo ANTT 50500.066698/2012-13** – Não cumprimento das metas de produção e de segurança para o ano de 2011: As justificativas para o descumprimento não foram acatadas, razão pelo qual foi aplicada multa (auto de infração 12, de 2/10/2011), no valor de R\$ 1.469.962,22. A concessionária foi notificada na mesma data;

b. c) **Processo Administrativo ANTT 50500.118433/2013-81** – Não cumprimento das metas de produção para o ano de 2012 (vale lembrar que a partir de 2012 as metas passaram a ser estipuladas por trecho da malha): em vista da assinatura do TAC e

considerando que este ajuste havia determinado a suspensão da apuração de responsabilidade e aplicação de penas cabíveis, enquanto a concessionária estivesse inadimplente com suas obrigações compromissais. No entanto, por meio do Despacho 340/2015/Gerof/Sufer/ANTT, de 30/12/2015, em que se detectou que a TLSA havia descumprido com suas obrigações estipuladas no TAC ao descumprir com as metas de produção de 2013, o processo foi desarquivado para apuração. Houve a análise das justificativas da concessionária, as quais não foram acatadas. A concessionária foi notificada em 16/8/2016 e apresentou recurso contra a decisão a qual não há informações nos autos da respectiva análise técnica; e

- c. d) **Processo Administrativo ANTT 50500.062687/2014-18** – Cumprimento das metas de produção para o ano de 2013 apenas em 5 dos 51 trechos que fazem parte da malha nordeste. As justificativas para o descumprimento não foram acatadas. Foi aplicada penalidade de advertência pelo descumprimento.
1. 155. Em 20/9/2013, embora a TLSA, antiga CFN, estivesse inadimplente com as obrigações assumidas no TAC de 27/7/2005 – pois não terminou as obras de recuperação dos trechos Catende – Propriá e Jorge Lins – Salgueiro, além de não ter pago as multas aplicadas no âmbito do processo administrativo ANTT 50500.003081/2003-98, o que, a princípio, deveria prevenir que esta empresa pudesse assinar novo TAC com a ANTT, esta concessionária firmou novo ajuste com a Agência.
 2. 156. Baseando-se novamente apenas na punição de retomada dos processos administrativos de apuração de responsabilidade e aplicação de pena em caso de descumprimento, a qual, como se pôde perceber com o anterior ajuste, não foi o suficiente para compelir a concessionária à sua adimplência compromissória, o TAC previu as seguintes obrigações para a concessionária (peça 3, p. 3-5):
 - a. a) recuperação da malha nordeste: de forma que a recuperação permita a circulação de trens com velocidade máxima autorizada de 25 km/h para o trem tipo utilizado, com prazo para terminar até 22/1/2017: dentro desta obrigação se incluía a construção de trechos não existentes, como Eliseu Martins (PI) – Trindade (PE) – Salgueiro (PE) – Suape (PE) e Salgueiro (PE) – Missão Velha (CE), os quais foram incluídos na concessão por meio do 1º Termo Aditivo ao contrato de 31/12/1997;
 - b. b) pagamento das sanções pecuniárias de todos os processos arrolados no ajuste que tenham fins de aplicação de penalidade, no valor atualizado de R\$ 10.275.458,28, a ser pago em sessenta parcelas mensais;
 - c. c) alcançar as metas de produção e segurança para o período 2013-2017;
 - d. d) cumprimento das normas de comunicação de acidentes; e
 - e. e) recolhimento de receitas alternativas que se encontravam, até a data da assinatura do TAC, pendentes de pagamento.
 1. 157. No entanto, pela Nota Técnica 33/Gecof/2015, de 12/11/2005, já se percebia que a concessionária não iria cumprir novamente com as obrigações estipuladas. No que tange aos serviços de recuperação da Linha Tronco São Luís, à data, só havia 19% das obras executadas e, quanto à Linha Tronco São Luís, esta estava com 51% das obras executadas. Ressalta-se que já se tinham passado dois anos do prazo dado pelo TAC e restava apenas 10 meses para findá-lo (peça 62, p. 9).
 2. 158. Na Nota Técnica 245/GPFER/Sufer/2015, de 13/11/2015, indicava-se que mesmo os trechos/lotes de obras informados pela concessionária como 100% concluídos precisavam de complementações, na avaliação dos técnicos da Agência, a exemplo das passagens de nível implantadas que diferiam das especificadas no projeto autorizado (peça 63, p. 2). Ainda, informou-se também que várias ações sob responsabilidade da concessionária não estavam sendo cumpridas no prazo estabelecido, ocasionando sucessivas remarcações (adiamentos na conclusão). A referida nota conclui o seguinte (peça 63, p. 5-6):

4. RECOMENDAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS

4.1. Considerando que, conforme o exposto, a Concessionária sucessivamente posterga a apresentação do cronograma da obra, sem indicação do plano de recuperação dos atrasos;

4.2. Considerando a baixa execução física dos lotes cujos prazos já expiraram ou estão em vias de expirar, a exemplo do lote MVP 4 com 0% de execução física, em que pese o prazo ter expirado em 22/10/2015;

4.3 Considerando as defasagens entre os avanços físicos realizados e os avanços físicos estimados para cumprimento do prazo contratual, conforme indicado na tabela 2;

4.4. Considerando que as penalidades indicadas na tabela 3 não tem gerado, por parte da Concessionária, ações de replanejamento nem tampouco metas para recuperação dos atrasos da obra;

4.5 Recomenda-se que a Diretoria da Agência seja notificada dos seguintes pontos:

a) O monitoramento das obras pela ANTT indica que o empreendimento não será concluído no prazo contratual previsto, qual seja, 22 de janeiro de 2017;

b) O esforço empreendido por esta Agência (fiscalizações de campo, análises dos relatórios de monitoramento, reuniões para saneamento de entraves e aplicação de penalidades) não tem se mostrado efetivo para que os prazos contratuais sejam cumpridos, não tendo ainda a Concessionária apresentado plano de recuperação dos atrasos identificados.

c) As determinações exaradas por meio do Ofício nº 182/2015/DG/ANTT, no que se referem ao acompanhamento do empreendimento, não foram cumpridas no prazo estabelecido pela Diretoria.

1. 159. E mais, pelo Memorando 25/2016/Gecof/Sufer, de 6/1/2016, observou-se que a concessionária não estava cumprindo os prazos para a comunicação de acidentes ferroviários graves em 24 horas e o envio de laudos em 30 dias, conforme estabelece a Resolução

ANTT 1.431, de 2006, que disciplina os procedimentos de comunicação de acidentes, um dos itens acordados no TAC (peça 68, p. 1).

2. 160. Em 26/1/2016, a equipe técnica da Agência emitiu a Nota Técnica 1/2016/Gerof/Sufer/ANTT (peça 64), em que se procedeu a uma análise do cumprimento pela concessionária TLSA das obrigações ajustadas pelo TAC de 20/9/2013, e concluiu que:
 - a. a) a Ferrovia Transnordestina Logística S.A. descumpriu com as metas de produção estabelecidas para o ano de 2013, motivo pelo qual se decidiu pela aplicação de advertência à concessionária;
 - b. b) a falta detectada quanto às metas de 2013 desencadeou o desarquivamento do processo de apuração de responsabilidade (50500.062687/2014-18) para as metas de 2012, que estava suspenso por força dos termos do TAC;
 - c. c) a Nota Técnica 33/2015/Gecof/Sufer, já apontava problemas com relação ao cumprimento dos prazos previstos no TAC para recuperação da Malha I, em especial a recuperação do trecho da Linha Tronco São Luís e da Linha Tronco Norte Fortaleza;
 - d. d) a concessionária não vinha envidando esforços suficientes, no sentido de cumprir suas obrigações contratuais com relação à implantação da Malha II (implantação da Ferrovia Nova Transnordestina) e conseqüentemente se afastado da obrigação de recuperar da Malha I (malha original), obrigação essa prevista no TAC em tela; e
 - e. e) a concessionária vem descumprindo a obrigação contida no item 2.iv do TAC, a respeito da comunicação de acidentes na forma regulamentar.
1. 161. Ante a situação, a Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas (Sufer/ANTT) decidiu declarar, por decisão administrativa de 2/5/2016, que a concessionária Ferrovia Transnordestina Logística S.A. havia descumprido o Termo de Ajuste de Conduta, assinado em 20/9/2013. (peça 66)
2. 162. Em 1º/7/2016, por meio do Memorando 75/2016/GPFER/Sufer (peça 67, p. 1), em que se analisou o grau de cumprimento da TLSA, referente a obra de remodelação do trecho Pecém (CE) - Missão Velha (CE), informou-se que dos 11 lotes de construção do trecho, a maioria já se encontrava com o prazo de término expirado e, mesmo assim, nenhum deles tinha passado para fase de colocação da superestrutura – a maioria sequer tinha começado as obras de infraestrutura da via permanente, conforme tabela de acompanhamento abaixo reproduzida.

Tabela 4 – Acompanhamento das obras do trecho Missão Velha (CE) – Pecém (CE)

Trecho/Lote	km	IMISSÃO/POSSE	INFRA	OAE	SUPER	TOTAL	PRAZO CONTRATUAL
Missão Velha - Pecém (MVP)	526	85%	19%	13%	0%	15%	22/01/2017
MVP 01	50	99%	85%	80%	0%	69%	02/04/2015
MVP 02	50	98%	72%	51%	0%	56%	22/06/2015
MVP 03	50	99%	37%	10%	0%	27%	22/08/2015
MVP 04	51	91%	2%	0%	0%	1%	22/10/2015
MVP 05	50	100%	0%	0%	0%	0%	22/12/2015
MVP 06	50	100%	0%	0%	0%	0%	22/02/2016
MVP 07	55	100%	0%	0%	0%	0%	22/04/2016
MVP 08	46	82%	0%	0%	0%	0%	22/06/2016
MVP 09	46	58%	0%	0%	0%	0%	22/08/2016
MVP 10	51	14%	0%	0%	0%	0%	22/10/2016
MVP 11	26	87%	0%	0%	0%	0%	22/01/2017

Fonte: peça 67, p. 2

1. 163. Em suma, de todos os itens arrolados no TAC de 2013 como obrigações a serem cumpridas pela TLSA, a única que foi fielmente cumprida foi a do pagamento mensal parcelado das multas, vencidas e não vencidas, as quais a concessionária havia incorrido, pois era do interesse dela não deixar que as multas, caso não pagas venham a ser cobradas de uma vez em juízo, visto que o ato de parcelamento importa em confissão automática da dívida, passível em inscrição no Cadin e em dívida ativa, conforme § 3º do art. 1º da Resolução 3.561, de 2010. (peça 64, p. 13)
2. 164. Logo, diante dos fatos apresentados, pôde-se concluir que:
 - a. a) os TACs assinados em 27/7/2005 e 20/9/2013 previam, como cominação, apenas a abertura, ou prosseguimento, dos processos administrativos, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis;
 - b. b) tal cominação era a única possível de ser imposta por força do § 2º do art. 17 da Resolução ANTT 442, de 17 de fevereiro de 2004; atualmente, o § 2º do art. 15 da Resolução 5.083, de 27 de abril de 2016, a qual revogou aquela retromencionada, ainda continua a prever a mesma cominação para descumprimento;

- c) *tal cominação se mostra frágil em induzir a que o compromissário do TAC cumpra com as obrigações estipuladas, pois não há incentivos negativos realmente críveis a serem impostos em caso de descumprimento; se, após assinar o TAC, a concessionária ficar imóvel, sem agir ou corrigir nenhuma conduta irregular, no mínimo estará ganhando o tempo da suspensão dos processos, sem arcar com qualquer penalidade adicional pela falta de comprometimento com o ajuste firmado;*
- d) *de fato, com relação às obrigações assumidas pela concessionária por meio do TAC assinado em 20/5/2005, seu objeto, na parte mais relevante, além de estipular metas para o quinquênio 2005-2009, consistia em uma série de itens com fins de recuperação operacional da infra e superestrutura da via permanente nos trechos Jorge Lins – Salgueiro e Catende – Propriá, bem assim do compromisso de a CFN apresentar uma proposta de solução para os problemas identificados na via permanente do Ramal de Macau, e do material rodante arrendado que ainda pudesse ser recuperado, em vista da postergação injustificável da manutenção e de investimentos na via permanente e no material rodante, o que estava causando impacto negativo na prestação dos serviços à sociedade; registre-se que as multas aplicadas pela ANTT no âmbito do processo administrativo ANTT 50500.003081/2003-98 (notificações de autuação 221.058, 221.059, 221.060, 221.061, 221.062, 221.063, 221.064, 221.065, 221.066, 221.067 e 221.068), referentes a irregularidades encontradas na recuperação do trecho São Luís (MA) – Teresina (PI), foram incluídas no TAC, de modo que deveriam ser pagas, sob pena de implicar a abertura de processo para apurar os fatos irregulares e aplicar as penas cabíveis, por força do item 3.3 do acordo;*
- e) *constatou-se que a concessionária não cumpriu com nenhuma das obrigações de recuperação da via permanente dos trechos apontados no ajuste e, mais especificamente com relação ao Ramal de Macau se limitou a solicitar à ANTT a suspensão do tráfego de trens por falta de demanda por transporte;*
- f) *com relação às obrigações convencionadas no TAC, de 20/9/2013, o ajuste previa a recuperação da malha nordeste, de forma que a recuperação permitisse a circulação de trens com velocidade de 25 km/h para o trem tipo utilizado, com prazo para terminar até 22/1/2017: dentro desta obrigação se incluía a construção de trechos não existentes, como Eliseu Martins (PI) – Trindade (PE) – Salgueiro (PE) – Suape (PE) e Salgueiro (PE) – Missão Velha (CE), os quais foram incluídos na concessão por meio do 1º Termo Aditivo ao contrato de 31/12/1997 (conduta analisada no TC 012.179/2016-7, referente a irregularidades no contrato de concessão da Ferrovia Transnordestina); pagamento de todas as sanções pecuniárias já aplicadas, mas ainda não pagas pela concessionária, com exceção do processo administrativo ANTT 50500.066688/2011-99, referente à apuração do pagamento a menor de Receitas Alternativas, no valor atualizado de R\$ 10.275.458,28, a ser pago em sessenta parcelas mensais; alcance das metas de produção e segurança para o período 2013-2017; cumprimento das normas de comunicação de acidentes; recolhimento de receitas alternativas que se encontravam, até a data da assinatura do TAC, pendentes de apuração; e*
- g) *mais uma vez, de forma recorrente, a Ferrovia Transnordestina Logística S.A descumpriu com as metas de produção estabelecidas para o ano de 2013, prazos previstos no TAC para recuperação da Malha I, em especial a recuperação do trecho da Linha Tronco São Luís e da Linha Tronco Norte Fortaleza não foram cumpridos; a concessionária não envidou os esforços necessários, no sentido de cumprir com suas obrigações contratuais com relação à implantação da Malha II (implantação da Ferrovia Nova Transnordestina) e da obrigação de recuperar da Malha I (malha original), obrigações essas previstas no TAC em tela; a concessionária continuou descumprindo com a obrigação contida no item 2.iv do TAC, a respeito da comunicação de acidentes na forma regulamentar.*
1. 165. **Ante ao exposto, quanto à efetividade dos TACs pode-se concluir que os ajustes assinados com a TLSA tiveram pouca ou nenhuma efetividade, uma vez que foram reiteradamente descumpridos, pois a Agência não conseguiu induzir a concessionária a cumpri-los devido à falta de incentivos negativos.**

CONCLUSÃO

1. 166. Os autos tratam representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo (AUFCE) a respeito de possíveis irregularidades encontradas nos Termos de Ajuste de Conduta (TAC) celebrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no âmbito dos contratos de concessão da ferrovia Transnordestina.
2. 167. Em suma, o Representante divide as irregularidades em cinco tópicos: Ilegalidade da regulamentação do TAC no âmbito da ANTT; Ilegalidades no objeto dos TACs firmados no contrato de concessão da Transnordestina; Impossibilidade de execução dos TACs quando de seu eventual descumprimento; Descaracterização dos objetos anteriormente licitados; Promoção de um mercado desequilibrado; Indício de ocorrência de ato de improbidade administrativa. Ainda consignou que haveria indícios de que TACs com mesmo teor de irregularidades estariam ocorrendo no âmbito dos demais contratos de concessão ferroviária e rodoviária.
3. 168. Registre-se ainda que, nos autos do TC 012.092/2016-9, relacionados à solicitação do Congresso Nacional para fiscalização do contrato de concessão da ferrovia Nova Transnordestina, pediu-se esclarecer, entre outros pontos, a legalidade e a efetividade dos Termos de Ajustamento de Conduta celebrados entre a ANTT e a concessionária.
4. 169. Dessa forma, a presente instrução centrou-se na análise da legalidade e efetividade dos TACs firmados pela Agência com a TLSA, perpassando pela verificação da legalidade dos normativos que regulamentam a celebração desse tipo instrumento no âmbito da ANTT de forma geral.
5. 170. Inicialmente, com relação à regulamentação do TAC no âmbito da ANTT, vê-se que sua existência é válida, eficaz e regular, fundamentada nas competências legais da Agência derivadas da sua lei de criação, contudo, sua utilização não pode ser feita de forma indiscriminada, devendo obedecer ao princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo exigível a demonstração de

sua vantajosidade para a administração em contraponto à aplicação das sanções administrativas ordinárias.

6. 171. Especificamente em relação aos TACs celebrados com a TLSA, verificou-se que não havia que se falar em alteração das metas contratuais, pois a dinâmica contratual estabelecida com assinatura do contrato de concessão de 31/12/1997, determinava a fixação quinquenal das metas, devendo levar em consideração para tal a realidade econômica do período a ser considerado.
7. 172. Constatou-se, ainda, que o TAC de 20/9/2013 não havia determinado a desconsideração de todo o ano de 2012 para fins de verificação de meta, mas apenas a suspensão da apuração de responsabilidade e conseqüente processo de aplicação de penalidade enquanto vigesse o acordo e a concessionária compromissária continuasse adimplente no que tange às suas obrigações ajustadas. No entanto, a partir do momento em que se apurou a falta em uma das obrigações do TAC, o processo de verificação foi retomado.
8. 173. Referido TAC, divergentemente do apontado na Inicial, não “negociou punições já aplicadas”, mas sim promoveu acordo para parcelamento de débitos da concessionária. O problema não está na aplicação da multa em si, mas na irregular efetivação do parcelamento após o vencimento dos valores devidos, o que só poderia ter sido realizado após inscrição em dívida ativa, nos termos do art. 37-B da Lei 10.522, de 2002, c/c entendimento exarado na Portaria PGF 954, de 2009.
9. 174. Sobre o parcelamento irregular, tal assunto já está sendo tratado no âmbito do TC 010.453/2014-8, o qual trata de avaliação de conformidade da execução contratual da concessão da ferrovia Transnordestina, o que dispensa medidas saneadoras adicionais a respeito no âmbito do presente processo.
10. 175. Verificou-se, por fim, que a regulamentação atual do TAC, procedida pela Resolução 5.083, de 2016, da forma que está, não tem o condão de garantir a efetividade no cumprimento das “obrigações” compactuadas com o compromissário, por falta de incentivos para seu regular cumprimento.
11. 176. De fato, os TACs assinados em 27/7/2005 e 20/9/2013 previam, como cominação por descumprimento, apenas a abertura, ou prosseguimento, dos processos administrativos, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis. Em conseqüência, as obrigações estipuladas tiveram níveis baixos de cumprimento nos prazos fixados.
12. 177. Ante o exposto, propôs-se determinar à ANTT que se abstenha de assinar Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) que apenas prevejam como cominação a adoção das providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, conforme preceitua o § 2º do art. 16 da Resolução ANTT 5.083, de 27 de abril de 2016, pois tal cominação não é capaz de compelir os compromissários com que a Agência assina termo de ajustamento de conduta ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, o que afronta os Princípios da Eficiência, da Finalidade Administrativa e da Supremacia do Interesse Público.
13. 178. Ademais, recomendou-se à ANTT para que revise a Resolução 5.083, de 27 de abril de 2016, de modo a estabelecer em seu conteúdo a possibilidade de inclusão de cominações nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) que efetivamente irão induzir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações avençadas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

1. 157. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:
 1. 157.1. nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443, de 1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que se abstenha de assinar Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) que apenas prevejam como cominação a adoção das providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, conforme preceitua o § 2º do art. 16 da Resolução ANTT 5.083, de 27 de abril de 2016, pois tal cominação não é capaz de compelir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, o que afronta os Princípios da Eficiência, Finalidade Administrativa e da Supremacia do Interesse Público; (parágrafo 129)
 2. 157.2. com supedâneo no art. 250, inciso III, do RITCU, recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que revise a Resolução 5.083, de 27 de abril de 2016, de modo a estabelecer em seu conteúdo a inclusão de incentivos positivos (prêmios) e negativos (cominações), dentro da discricionariedade que a Lei permite, nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) assinados pela Agência, de modo a efetivamente induzir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações avençadas, em respeito aos Princípios da Eficiência, Finalidade Administrativa e da Supremacia do Interesse Público; (parágrafo 130)
 3. 157.3. com fulcro nos arts. 1º, inciso II e 38, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso II, e 231 do Regimento Interno e 17, inciso II, da Resolução TCU 215/2008, informar à Comissão Externa – Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (Cextrane) da Câmara dos Deputados, em referência à alínea “d” do Requerimento 16/2016, objeto do Ofício Pres. 19/2016 (CD), de 27/4/2016, que:
 1. 157.3.1. com relação à regulamentação dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), vê-se que sua existência é válida e regular e a assinatura dos TACs pela ANTT com a TLSA tem fundamentação legal, com base nas competências regulatórias contidas na Lei 10.233, de 5 de junho de 2001; no entanto, o conteúdo de tal regulamentação, procedida pela Resolução ANTT 5.083, 27 de abril de 2016, não tem o condão de garantir a efetividade no cumprimento das cláusulas compactuadas nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) firmados com o compromissário, por falta de incentivos para seu regular cumprimento; (parágrafo 164)
 2. 157.3.2. os TACs assinados em 27/7/2005 e 20/9/2013, assinados com a Companhia Ferroviária do Nordeste S.A

(CFN) e Transnordestina Logística S.A (TLSA), respectivamente, apenas previam, como cominação pelo descumprimento do Termo de Ajuste de Conduta (TAC), a abertura, ou prosseguimento, dos processos administrativos, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis; em consequência, as obrigações estipuladas tiveram níveis baixos de cumprimento nos prazos estipulados; (parágrafo 164)

3. 157.3.3. ainda, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) assinado com a Transnordestina Logística S.A. em 20/9/2013 teve como um de seus objetos o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade a processo administrativo regular de cobrança de multas relativas a infrações por descumprimento de metas e outras obrigações contratuais não atendidas pela concessionária, em desrespeito ao § 2º do art. 1º e art. 3º da Resolução ANTT 3.561/2010, que tratam do parcelamento de dívidas, o que ensejou a audiência dos responsáveis, no âmbito do TC 010.453/2014-8; (parágrafo 109)
4. 157.4. com base no art. 4º da Portaria-Segecex 13/2011, dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que a utilização de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) de forma indiscriminada, sem demonstrar a vantajosidade de sua assinatura para a administração em contraponto à regular aplicação das sanções administrativas ordinárias, identificada na assinatura dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) de 27/7/2005 e 20/09/2013, afronta o princípio da indisponibilidade do interesse público; (parágrafo 78)
5. 157.5. retirar destes autos os atributos definidos no art. 5º da Resolução-TCU 215/2008;
6. 157.6. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao Presidente da Câmara dos Deputados e à Comissão Externa – Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (CESTRANE) da Câmara dos Deputados, enviando-lhes, adicionalmente, cópia dessa instrução técnica; e
7. 157.7. retornar os autos a SeinfraPortoFerrovia para continuidade das análises em relação aos demais Termos de Ajustamento de Conduta firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres.”

Deferida solicitação de oitiva do Ministério Público junto ao TCU, o Douto Procurador Júlio Marcelo de Oliveira emitiu o seguinte parecer:

“Trata-se de representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo a respeito de indícios de irregularidades nos Termos de Ajuste de Conduta (TACs) celebrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no âmbito do contrato de concessão ferroviária da Malha Nordeste (peça 1).

Encontra-se apensado a estes autos o TC 026.045/2015-0, que cuida de representação, com pedido de medida cautelar, formulada por este membro do Ministério Público de Contas, acerca de indícios de irregularidades nos TACs celebrados pela ANTT com concessionárias de ferrovias e rodovias federais, sob a égide da Resolução ANTT 442/2004 (peça 2).

Mediante o despacho à peça 14, Vossa Excelência conheceu da representação, indeferiu o pedido de medida cautelar, determinou a realização de diligência e de oitiva da ANTT e autorizou, caso viessem a ser confirmados os indícios de irregularidades apontados na inicial, a constituição de processos específicos de representação apartados para cada TAC porventura inquinado de ilegalidade, com vistas a apurar eventuais responsabilidades e promover o chamamento dos agentes públicos e concessionários envolvidos na celebração de acordos lesivos ao interesse público.

O Ministério Público de Contas interpôs agravo contra esse despacho, a fim de que, em acréscimo às providências determinadas por Vossa Excelência, fosse determinado à ANTT, em caráter cautelar, que se abstinhasse de celebrar novos Termos de Ajuste de Conduta com concessionárias de ferrovias e rodovias federais, com fundamento no que prescreve a Resolução ANTT 442, de 17/2/2004, e com o objetivo de solucionar as pendências verificadas no curso de fiscalização dos respectivos contratos de concessão, até que o Tribunal se pronunciasse em definitivo sobre a licitude de ajustes dessa natureza (peça 19). A oitiva determinada referiu-se aos seguintes indícios de irregularidades (peça 19, p. 10):

- a) ausência de amparo legal para a celebração dos termos de ajuste de conduta já firmados com concessionárias de ferrovias e rodovias federais, visto que alteram metas contratuais que foram precedidas de licitações, sem que daí resulte a retomada do reequilíbrio econômico financeiro do contrato;
- b) ausência de amparo legal para a celebração de TAC com a Transnordestina Logística S.A. tendo por objeto o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade a processo administrativo regular de cobrança de multa relativa a infrações por descumprimento de metas contratuais e outras obrigações contratuais não atendidas pela concessionária;
- c) inviabilidade de execução judicial dos TACs celebrados, que preveem apenas a instauração de processo administrativo ordinário para apuração de pendências, na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas por meio dessas avenças;
- d) inexistência de consequências diretas e passíveis de serem impostas na hipótese de descumprimento dos TACs firmados;
- e) violação aos princípios da legalidade, isonomia, busca pela proposta mais vantajosa e indisponibilidade do interesse público resultantes de alterações promovidas pelos TACs em objetos de contratos precedidos de licitação;
- f) promoção de mercado desequilibrado, com distorções induzidas pelo próprio poder público devido ao conteúdo dos TACs celebrados.”

O agravo foi conhecido, mas, no mérito, não foi provido, a teor do Acórdão 645/2016-Plenário (peça 35).

A Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) promoveu a oitiva e a diligência determinadas por Vossa Excelência (peças 15 e 16), bem como efetuou diligências complementares (peças 45 e 49).

Em resposta à oitiva, a ANTT encaminhou os esclarecimentos e os documentos contidos na peça 23, e, em resposta às diligências, a agência encaminhou os documentos inseridos nas peças 24/34, 51 e 54.

A par disso, em virtude do Requerimento 16/2016, formulado pelo deputado federal Raimundo Gomes de Matos e aprovado pela Comissão Externa - Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (Cextrane) da Câmara dos Deputados, foi autuado o TC 012.092/2016-9, que cuida de solicitação do Congresso Nacional para que o TCU fiscalize o contrato de concessão da Ferrovia Nova Transnordestina, a fim de se esclarecerem os seguintes pontos (peça 1 daqueles autos, grifou-se):

- “a) Legalidade do contrato de concessão, tendo em vista que a obra da Nova Transnordestina começou a partir da autorização para construção de um ramal, tornando-se uma nova concessão sem o devido processo licitatório;
- b) Desvio de agenda já efetivado e eficácia das ações de recuperação do cronograma por parte do regulador;
- c) Análise de viabilidade técnica e econômica que embasou a entrada da VALEC no acordo de acionistas, bem como a participação do Conselho de Administração daquela estatal na avaliação de riscos, ponderação de possíveis resultados e aprovação do investimento;
- d) Legalidade e efetividade dos Termos de Ajustamento de Conduta entre a ANTT e a concessionária, em que as sanções têm sido substituídas por medidas saneadoras que, a nosso ver, não têm sido capazes de mudar o andamento da obra;
- e) Estrutura de governança do empreendimento no que diz respeito à assimetria de informação entre concessionária, acionistas, financiadores e regulador.”

Da leitura do voto condutor do Acórdão 1.731/2016-Plenário, proferido por Vossa Excelência no bojo do referido processo de solicitação do Congresso Nacional, verifica-se que as questões contidas nas alíneas “a” e “d”, acima, seriam tratadas, respectivamente, no TC 012.179/2016-7 e neste TC 019.494/2014-9. As demais questões (alíneas “b”, “c” e “e”) seriam tratadas em duas auditorias operacionais: uma junto ao Conselho Administrativo da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com o objetivo de fiscalizar os atos de gestão do Conselho na avaliação de riscos, ponderação de possíveis resultados e a aprovação dos investimentos por meio de aportes de capital na TLSA destinados à construção da Ferrovia Nova Transnordestina (Malha II); e outra junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), à Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e aos órgãos financiadores da Construção da Ferrovia Nova Transnordestina, com o objetivo de avaliar a estrutura de governança do empreendimento no que diz respeito à assimetria de informação entre regulador, concessionária, financiadores e acionistas públicos, bem como as ações destinadas à recuperação do cronograma da obra. A primeira auditoria citada foi autuada no TC 021.577/2016-1 (alínea “c”), e a segunda, no TC 021.573/2016-6 (alíneas “b” e “e”).

Em consequência do Acórdão 1.731/2016-Plenário, a SeinfraPortoFerrovia elaborou instrução parcial no presente processo de representação (peça 69), com o objetivo de responder a questão contida na alínea “d” do Requerimento 16/2016, em razão da natureza urgente e do caráter preferencial da solicitação do Congresso Nacional.

Na referida instrução, portanto, foram analisados apenas os Termos de Ajuste de Conduta firmados pela ANTT com a então Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN) e com a Transnordestina Logística S/A (TLSA), nova denominação social da CFN (peças 3 e 4). A instrução abordou, primeiramente, os itens que foram objeto de oitiva da ANTT, concernentes a indícios de irregularidades, e, posteriormente, a questão da efetividade dos TACs. Após o exame da matéria, a unidade técnica, em pronunciamentos uniformes, formulou a seguinte proposta de encaminhamento (peças 69 a 71):

“157. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

157.1. nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443, de 1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que se abstenha de assinar Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) que apenas prevejam como cominação a adoção das providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, conforme preceitua o § 2º do art. 16 da Resolução ANTT 5.083, de 27 de abril de 2016, pois tal cominação não é capaz de compelir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, o que afronta os Princípios da Eficiência, Finalidade Administrativa e da Supremacia do Interesse Público; (parágrafo 129)

157.2. com supedâneo no art. 250, inciso III, do RITCU, recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que revise a Resolução 5.083, de 27 de abril de 2016, de modo a estabelecer em seu conteúdo a inclusão de incentivos positivos (prêmios) e negativos (cominações), dentro da discricionariedade que a Lei permite, nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) assinados pela Agência, de modo a efetivamente induzir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações avençadas, em respeito aos Princípios da Eficiência, Finalidade Administrativa e da Supremacia do Interesse Público; (parágrafo 130)

157.3. com fulcro nos arts. 1º, inciso II e 38, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso II, e 231 do Regimento Interno e 17, inciso II, da Resolução TCU 215/2008, informar à Comissão Externa – Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (Cextrane) da Câmara dos Deputados, em referência à alínea ‘d’ do Requerimento 16/2016, objeto do Ofício Pres. 19/2016 (CD), de 27/4/2016, que:

157.3.1. com relação à regulamentação dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), vê-se que sua existência é válida e regular e a assinatura dos TACs pela ANTT com a TLSA tem fundamentação legal, com base nas competências regulatórias contidas na Lei 10.233, de 5 de junho de 2001; no

entanto, o conteúdo de tal regulamentação, procedida pela Resolução ANTT 5.083, 27 de abril de 2016, não tem o condão de garantir a efetividade no cumprimento das cláusulas compactuadas nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) firmados com o compromissário, por falta de incentivos para seu regular cumprimento; (parágrafo 164)

157.3.2. os TACs assinados em 27/7/2005 e 20/9/2013, assinados com a Companhia Ferroviária do Nordeste S.A (CFN) e Transnordestina Logística S.A (TLSA), respectivamente, apenas previam, como cominação pelo descumprimento do Termo de Ajuste de Conduta (TAC), a abertura, ou prosseguimento, dos processos administrativos, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis; em consequência, as obrigações estipuladas tiveram níveis baixos de cumprimento nos prazos estipulados; (parágrafo 164)

157.3.3. ainda, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) assinado com a Transnordestina Logística S.A. em 20/9/2013 teve como um de seus objetos o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade a processo administrativo regular de cobrança de multas relativas a infrações por descumprimento de metas e outras obrigações contratuais não atendidas pela concessionária, em desrespeito ao § 2º do art. 1º e art. 3º da Resolução ANTT 3.561/2010, que tratam do parcelamento de dívidas, o que ensejou a audiência dos responsáveis, no âmbito do TC 010.453/2014-8; (parágrafo 109)

157.4. com base no art. 4º da Portaria-Segecex 13/2011, dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que a utilização de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) de forma indiscriminada, sem demonstrar a vantagem de sua assinatura para a administração em contraponto à regular aplicação das sanções administrativas ordinárias, identificada na assinatura dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) de 27/7/2005 e 20/09/2013, afronta o princípio da indisponibilidade do interesse público; (parágrafo 78)

157.5. retirar destes autos os atributos definidos no art. 5º da Resolução-TCU 215/2008;

157.6. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao Presidente da Câmara dos Deputados e à Comissão Externa – Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (CEXTRANE) da Câmara dos Deputados, enviando-lhes, adicionalmente, cópia dessa instrução técnica; e

157.7. retornar os autos a SeinfraPortoFerrovia para continuidade das análises em relação aos demais Termos de Ajustamento de Conduta firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres.”

Após o pronunciamento da unidade técnica, a ANTT ingressou com petição nos autos para requerer (peça 76):

“1 – A confirmação das conclusões a que chegou a unidade técnica deste Tribunal, reconhecendo a validade, eficácia e regularidade dos TACs firmados pela ANTT, no âmbito da regulação dos contratos de concessão;

2 – A adequação do item 157.3.3 da instrução da unidade técnica para que não declare a ilegalidade dos parcelamentos realizados nos TACs firmados com a TLSA, considerando não se tratar de tema objeto do presente processo, mas sim do TC 010.453/2014-8, sobre o qual não houve ainda decisão de mérito deste Tribunal.”

Segundo a ANTT, “a afirmação de que o parcelamento é ilegal, nos termos que constam da proposta de encaminhamento, constitui antecipação de decisão de mérito ainda não tomada, objeto de outro processo, razão pela qual deve ser suprimida ou limitar-se a informar que a questão relativa aos parcelamentos não foi ainda decidida pelo Tribunal, vigorando, assim, a presunção de legalidade dos atos administrativos praticados” (peça 76, p. 8).

Posteriormente, atendendo ao pedido formulado à peça 85, Vossa Excelência solicitou a oitiva do Ministério Público de Contas (peça 86).

II

O Ministério Público de Contas diverge, parcialmente, da proposta de encaminhamento formulada pela unidade técnica, pelos motivos expostos a seguir:

Conforme Vossa Excelência deixou assente no despacho à peça 14, o busílis da representação reside nos indícios de que os termos de ajuste de conduta efetivamente celebrados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão ferroviária e rodoviária não atenderam aos critérios mínimos para a salvaguarda do interesse público primário.

A instrução da unidade técnica corroborou esses indícios, ao menos no que tange aos dois TACs celebrados no âmbito do contrato de concessão ferroviária da Malha Nordeste, quais sejam: TAC celebrado entre a ANTT e a Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN) em 27/7/2005 (peça 4); e TAC celebrado entre a ANTT e a Transnordestina Logística S/A (TLSA) em 20/9/2013 (peça 3).

A exploração do serviço público de transporte ferroviário da Malha Nordeste foi concedida pela União à CFN em 31/12/1997, pelo prazo de 30 anos, prorrogável. O contrato de concessão estabeleceu metas de produção e de segurança para os primeiros cinco anos e dispôs que as metas para cada quinquênio subsequente seriam pactuadas pelas partes (peça 55, pp. 5/6). Além disso, o contrato, na sua cláusula nona, item 9.1, enumerou uma série de obrigações da concessionária, entre as quais se destacam: prestar serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários; zelar pela integridade dos bens vinculados à concessão, mantendo-os em perfeitas condições de funcionamento e conservação; promover a reposição de bens e equipamentos vinculados à concessão, assim como a aquisição de novos bens, de forma a assegurar a prestação de serviço adequado; manter as condições de segurança operacional da ferrovia de acordo com as normas em vigor; e manter a continuidade do serviço concedido, salvo interrupção emergencial causada por caso fortuito ou força maior (peça 55, pp. 8/11).

A concessionária, porém, desde o início da vigência do contrato de concessão, vinha descumprindo dispositivos do

Regulamento de Transportes Ferroviários – RTF e cláusulas contratuais referentes às metas anuais de produção e segurança e à prestação adequada do serviço público. Além disso, vinha postergando intervenções de manutenção e investimentos na via permanente e no material rodante, causando impacto negativo no seu desempenho.

Tais infrações foram objeto de aplicação de multas pela ANTT, no âmbito do processo administrativo 50500.003081/2003-98, em que foram expedidas onze notificações de autuação (autos de infração 221.058 a 221.068 - peça 4, p. 7).

Como a concessionária não havia solucionado as deficiências e as irregularidades que ensejaram a aplicação das multas, a ANTT decidiu, em 27/7/2005, celebrar um Termo de Ajuste de Conduta com a CFN, com o objetivo de restabelecer a regularidade das operações ferroviárias da Malha Nordeste, ampliar a prestação do serviço público de transporte de cargas e reativar trechos com tráfego suspenso.

Da leitura do referido TAC, observa-se que foram pactuadas medidas a serem adotadas pela CFN, relativas à recuperação da infraestrutura e da superestrutura da via permanente e à disponibilização de material rodante em número suficiente ao pleno atendimento da demanda e das metas acordadas. Muitas dessas medidas vieram acompanhadas de prazo para sua realização (variando de 3 a 48 meses). Além disso, o TAC quantificou as metas anuais de produção e de segurança que deveriam ser alcançadas no quinquênio 2005 a 2009 e que seriam objeto de futuro termo aditivo ao contrato de concessão. Ficou estabelecido, também, que as multas aplicadas pela ANTT ficariam mantidas e que a CFN deveria encaminhar à agência reguladora relatórios mensais das medidas adotadas em cumprimento ao TAC. Em caso de descumprimento dos prazos, condições e cláusulas estipulados no TAC, a consequência seria a “abertura de processo administrativo, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis” (peça 4, p. 7).

De pronto, observa-se que a celebração do TAC não privilegiou o atendimento ao interesse público, pelas seguintes razões:

a) não houve a estipulação de obrigações extraordinárias para a concessionária (ex: novos investimentos), pois todas as medidas fixadas decorriam das obrigações já previstas no contrato;

b) não foi estabelecido nenhum gravame adicional para o caso de descumprimento do TAC, pois a única consequência prevista para a inexecução das medidas pactuadas era a abertura de processo administrativo para a apuração dos fatos e aplicação de penalidades.

Saliente-se que as novas metas de segurança (número de acidentes por milhão de trem.km) fixadas no TAC para os anos de 2005/2009 eram superiores à meta do ano de 2002 (final do primeiro quinquênio da concessão), e as novas metas de produção (em toneladas por quilômetro úteis – tku) fixadas para os anos de 2005 e 2006 eram inferiores à meta do ano de 2000 (cf. gráfico à peça 69, p. 23). Isso significa que houve o afrouxamento das condições originalmente pactuadas no contrato de concessão. Já as metas de produção fixadas para os anos de 2008 e 2009, embora originalmente tivessem valores superiores ao do ano de 2002, acabaram sendo posteriormente repactuadas para 0,93 bilhão de tku, ou seja, praticamente o mesmo patamar estabelecido para o primeiro ano da concessão (1998), que foi de 0,9 bilhão de tku.

Se não houve propriamente uma alteração de metas por meio do TAC, como apontou a unidade técnica (peça 69, pp. 14/5), certamente houve a fixação de novas metas mais frouxas que as que haviam sido fixadas originalmente no contrato de concessão, o que vai na contramão da lógica de aprimoramento contínuo dos serviços concedidos, decorrente do ganho de eficiência esperado na transferência da prestação do serviço público de transporte ferroviário para o particular e que justificou o incremento gradativo das metas anuais de produção e segurança nos cinco primeiros anos da concessão.

Mesmo diante do afrouxamento das metas, a concessionária continuou a descumpri-las, o que deu ensejo à abertura de seguidos processos administrativos para apuração de responsabilidades (processos 50500.056642/2006-02, 50500.007004/2008-11, 50500.043478/2008-11, 50500.035782/2009-81 e 50500.017812/2010-10).

Além disso, as obras de recuperação da Linha Centro (Trecho Jorge Lins/PE – Salgueiro/PE) e da Linha Sul (Trecho Catende/PE – Propriá/SE) não foram concluídas e as deficiências no Ramal de Macau não foram sanadas. Aliás, quanto ao Ramal de Macau, a concessionária se limitou a solicitar a suspensão do serviço de transporte de cargas, tendo em vista a suposta inexistência de demanda comercial no estado do Rio Grande do Norte (peça 61, p. 2).

Assim, na prática, o TAC não proporcionou nenhuma melhoria na prestação do serviço público, servindo, apenas, para o adiamento da instauração de novos processos administrativos de aplicação de penalidades, em benefício exclusivo da concessionária.

Não ficou demonstrada, portanto, nenhuma vantagem para a Administração da celebração do TAC, relativamente à alternativa de aplicação e execução das sanções decorrentes do descumprimento reiterado ao contrato de concessão.

O fracasso do TAC celebrado com a CFN decorreu, em parte, da fragilidade da regulamentação interna da ANTT que disciplinava esse instrumento jurídico à época. Trata-se do regulamento aprovado pela Resolução 442/2004, que, em seus arts. 16 a 18, assim dispunha sobre o TAC:

“Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

~~Parágrafo único. A celebração do TAC não impede a instauração do processo administrativo, nem é causa de extinção de punibilidade.~~

Parágrafo único. REVOGADO (revogado pela Resolução nº 847/05)

Art. 17. O TAC conterá:

I - data, assinatura e identificação completa das partes;

II - especificação da pendência, irregularidade ou infração e da fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente; e

III - o prazo e os termos ajustados para a correção da pendência, irregularidade ou infração.

§ 1º O prazo a que se refere o inc. III será estabelecido pelo Superintendente competente, considerando as particularidades do caso, podendo ser prorrogado por decisão da Diretoria da ANTT.

§ 2º No transcurso do prazo fixado, o processo administrativo, se instaurado, ficará suspenso.

~~Art. 18. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a ANTT verificará a execução do compromisso assumido pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada, atestando o seu cumprimento, ou não, mediante relatório específico.~~

Art. 18. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução do compromisso assumido pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada, atestando o seu cumprimento, ou não, mediante relatório específico. (alterado pela Resolução nº 847/05)

§ 1º Comprovado o cumprimento do compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis.

~~§ 2º Verificado o não cumprimento do compromisso, a ANTT adotará as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.~~

§ 2º Verificado o não cumprimento do compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado. (alterado pela Resolução nº 847/05)”

Registre-se que a Resolução 442/2004, diferentemente da Resolução 152/2003, que instituiu o TAC no âmbito da ANTT, fixando em 30 dias o prazo máximo para a correção da irregularidade, não estabeleceu nenhum limite temporal para que a concessionária ajustasse sua conduta às obrigações contratuais.

Da leitura da Resolução 442/2004, nota-se que não foi exigido que o TAC contivesse a estipulação de obrigações de fazer extraordinárias aptas a compensar os reiterados descumprimentos contratuais até então verificados. Tampouco foi exigido que o TAC fixasse expressamente sanções pecuniárias, com eficácia de título executivo, para o caso de inadimplemento de alguma de suas cláusulas. A única consequência prevista na norma para o descumprimento dos compromissos assumidos no TAC era a instauração de processo administrativo ou o seu prosseguimento, se anteriormente instaurado (art. 18, § 2º). Nesses moldes, a assinatura do TAC era sempre vantajosa para a concessionária, pois, no mínimo, ela ganharia mais prazo para o pagamento das multas, haja vista o caráter suspensivo do TAC em relação ao procedimento administrativo sancionador.

Portanto, a própria regulamentação da ANTT não previu nenhum tipo de incentivo para que a concessionária se empenhasse em cumprir com os compromissos pactuados no TAC. Era previsível, pois, que a concessionária não cumprisse com as medidas ajustadas, haja vista que não sofreria maiores consequências que não aquelas que já sofreria na hipótese de não celebração do termo de compromisso.

Nessa linha, não se vislumbra qual o efetivo benefício para o usuário do serviço público de transporte ferroviário decorrente dos TACs celebrados com amparo na Resolução 442/2004 da ANTT.

Embora a referida resolução não seja ilegal, já que editada com amparo nos arts. 20 e 24 da Lei 10.233/2001, como demonstrado pela unidade técnica (peça 69, pp. 11/2), verifica-se que a regulamentação do TAC por ela aprovada não possuía força normativa para compelir a concessionária a ajustar sua conduta às exigências contratuais.

Saliente-se que, à época da edição da Resolução 422/2004 da ANTT, já vigia, há muito tempo, o § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), incluído pela Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), com a seguinte redação (grifou-se):

“§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Portanto, havia pleno respaldo legal para que a ANTT, incluída entre os legitimados para propor ação civil pública, firmasse termo de ajuste de conduta com concessionárias de serviços de transportes terrestres, visando à adequada prestação do serviço público, mediante cominações e eficácia de título executivo extrajudicial.

Não obstante, a ANTT optou por adotar um tipo diferente, e muito menos eficaz, de termo de ajuste de conduta, que não impõe cominações e não possui eficácia de título executivo extrajudicial, como se depreende dos arts. 16 a 18 do regulamento aprovado pela Resolução 442/2004 (que revogou a Resolução 152/2003).

Tal opção, obviamente, não prestigiou o interesse público, que seria melhor atendido mediante um instrumento que efetivamente compelsse a concessionária a ajustar sua conduta às exigências legais e contratuais, em benefício do usuário do transporte rodoviário e ferroviário.

Nesse ponto, discorda-se da conclusão da unidade técnica de que o termo de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 não poderia ser utilizado para a defesa do cumprimento de obrigações contratuais na seara público-concessória, mas apenas para a defesa imediata de interesses coletivos e difusos. A Lei 7.347/1985 não fez nenhuma distinção entre tutela mediata ou imediata dos interesses coletivos e difusos para fins de ajuizamento da ação civil pública ou da celebração de TAC. Ademais, não há dúvidas de que, ao buscar ajustar a conduta da concessionária às disposições contratuais e legais, o ente regulador está defendendo, acima de tudo, o direito coletivo dos usuários a um serviço público adequado, ou seja,

que preencha as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas (art. 6º da Lei 8.987/1995).

Portanto, era plenamente viável juridicamente que a ANTT instituisse um TAC com os atributos do art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985. Aliás, foi isso o que fizeram outros entes reguladores, como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Resoluções Normativas 63/2004 e 333/2008), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Resolução 3.259/2014) e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Resolução 199/2011).

Não é à toa que a nova minuta de resolução da ANTT que irá regulamentar a celebração e o acompanhamento de termo de ajuste de conduta no âmbito da agência, objeto da Audiência Pública ANTT 10/2017 (peças 89/91), alude expressamente, nos seus “considerandos”, ao art. 5º, caput, inciso IV, e § 6º, da Lei 7.347/1985, bem como dispõe, no seu art. 1º, § 3º, que “os TAC possuem eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985”.

Sem dúvida esse novo regulamento, caso aprovado, trará grande aprimoramento à sistemática de celebração de acordos substitutivos ou suspensivos do procedimento administrativo sancionador, em harmonia com a atual tendência da Administração Pública pela busca por resultados e em atendimento ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput, da Constituição).

Voltando à análise específica do TAC celebrado com a CFN, os gráficos contidos na instrução da unidade técnica e a seguir reproduzidos deixam claro que o termo de compromisso não logrou êxito em ajustar a conduta da concessionária às exigências contratuais (peça 69, p. 23):

Gráfico 1: Comparação das metas pactuadas com os níveis de desempenho alcançados anualmente pela TLSA ao longo da concessão

Fonte: TC 010.453/2014-8, peça 207, p. 6. Nota: nos exercícios de 2003 e 2004, não houve estipulação prévia de metas de produção pelo Poder Concedente, visto que na ocasião a ANTT ainda se encontrava em fase de estruturação.

Gráfico 2: Comparação das metas pactuadas com os níveis de redução de acidentes alcançados anualmente pela TLSA ao longo da concessão

Fonte: TC 010.453/2014-8, peça 207, p. 6. Nota: nos exercícios de 2003 e 2004, não houve estipulação prévia de metas de produção pelo Poder Concedente, visto que na ocasião a ANTT ainda se encontrava em fase de estruturação.

Cumpra esclarecer que, enquanto as metas para o quinquênio 2005/2009 foram fixadas no TAC, as metas para o quinquênio 2010/2014 foram fixadas mediante a Resolução ANTT 3.550/2010. Posteriormente, a Resolução ANTT 3.712/2011 alterou as metas relativas aos anos de 2011/2014. Todavia, as metas dos anos de 2012 a 2014 foram revogadas pela Resolução ANTT 3.843/2012, que estabeleceu novas metas para o ano de 2012. Por fim, em 11/7/2013, a ANTT, mediante a Resolução 4.132/2013, fixou novas metas anuais de produção e de redução de acidentes para o quinquênio 2013/2017.

Da análise dos gráficos acima reproduzidos, chama a atenção o fato de a produção da concessionária no ano de 2013 ter sido inferior à sua produção no ano de 1998, o que significa que, passados 15 anos do início da concessão, houve redução do serviço público de transporte ferroviário de cargas na Malha Nordeste.

De fato, o serviço de transporte ferroviário na Malha Nordeste foi definhando ao longo dos anos, desde o início da concessão. Não só houve redução da carga transportada, como também houve a redução da extensão dos trechos ferroviários em operação. A malha que, ao tempo da concessão, possuía 4.238 km de ferrovias opera, na atualidade, com apenas 1.190 km. O serviço, originalmente prestado em sete estados da região nordeste, funciona, atualmente, apenas nos estados do Ceará, do Piauí e do Maranhão. O mapa abaixo, extraído do portal da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) na Internet, permite visualizar os trechos atualmente em operação (em azul), em comparação com o restante da Malha Nordeste (em cinza):

Fonte: http://www.csn.com.br/conteudo_pti.asp?idioma=0&conta=45&tipo=59544

Ademais, apesar de o TAC ter estabelecido que as multas anteriormente aplicadas estavam mantidas, a CFN não procedeu ao seu pagamento e ainda ingressou, em 28/11/2011, com ação judicial cautelar incidental, com pedido de liminar (processo 0072078-41.2011.4.01.0000/DF - peça 59), para a suspensão da cobrança de oito multas (autos de infração 58, 59, 61 e 64 a 68), que somavam R\$ 1.500.255,64, até que houvesse decisão final de mérito na apelação interposta no âmbito da ação anulatória das multas (processo 0035032-13.2005.4.01.3400/DF). A liminar foi deferida em 9/12/2011, suspendendo-se a exigibilidade das penalidades administrativas impostas à requerente, desde que garantida por meio de fiança bancária (peça 59, p. 3). Em consulta ao portal do TRF/1ª Região, vê-se que a apelação ainda não foi julgada (peça 88).

Não obstante o evidente fracasso do TAC celebrado em 2005, a ANTT, em 20/9/2013, decidiu celebrar novo TAC com a concessionária (peça 3), que, em 2008, havia mudado sua denominação social para Transnordestina Logística S/A (TLSA).

Saliente-se que nessa mesma data (20/9/2013), foi celebrado, entre a União e a TLSA, o 1º Termo Aditivo ao contrato de concessão da Malha Nordeste, com amparo na Resolução ANTT 4.041/2013 (peça 100), “para adaptar as suas cláusulas à legislação e regulamentação vigente e consolidar os seus termos” (peça 93, p. 2). De acordo com a cláusula primeira do termo aditivo, a Malha Nordeste foi dividida em duas: Malha I (São Luís a Mucuripe; Arrojado a Recife; Itabaiana a Cabedelo; e Paula Cavalcante a Macau) e Malha II (Missão Velha a Salgueiro; Salgueiro a Trindade; Trindade a Eliseu Martins; Salgueiro ao

Porto de Suape; e Missão Velha ao Porto de Pecém). A Malha II consiste na Ferrovia Nova Transnordestina, ainda em construção. A celebração do 1º Termo Aditivo foi uma preparação para a cisão da concessionária e do objeto da concessão, autorizada pela Resolução ANTT 4.042/2013 (peça 101). Com a cisão da TLSA (CNPJ 02.281.836/0001-97), surgiu uma nova empresa, a Ferrovia Transnordestina Logística S/A (FTL), CNPJ 17.234.244/001-31, que ficou responsável pela operação da Malha I, com a modificação implementada em 22/1/2014 pelo 2º Termo Aditivo ao contrato de concessão (acréscimo do trecho Propriá a Jorge Lins) (peça 102). A TLSA, por sua vez, ficou responsável pela construção e pela operação da Malha II, que foi objeto de novo contrato de concessão firmado com a União em 22/1/2014 (peça 92). A legalidade das Resoluções 4.041/2013 e 4.042/2013 da ANTT, do 1º e do 2º Termos Aditivos ao contrato de concessão original da Malha Nordeste e do novo contrato de concessão firmado com a TLSA (Malha II) é objeto de apreciação no TC 012.179/2016-7.

O TAC celebrado com a TLSA em 20/9/2013 também foi amparado na Resolução 442/2004 da ANTT e teve por escopo a correção de todas as irregularidades e pendências objeto de discussão em dez processos administrativos, incluindo o processo 50500.003081/2003-98, além de outros processos e ofícios (não identificados), excluídos os relacionados a fiscalizações e acompanhamentos iniciados em 2013. Três desses processos se referiam ao descumprimento de metas de produção e/ou segurança nos exercícios de 2009 a 2011 (processos 50500.017812/2010-10, 50500.033721/2011-02 e 50500.066698/2012-13).

Dessa vez, o TAC previu, além da adoção de medidas para a recuperação da malha original, para a observância das novas metas de produção e de acidentes para o quinquênio 2013/2017 (constantes do anexo ao TAC) e para a observância da regulamentação acerca da comunicação de acidentes, a renúncia da TLSA a qualquer direito relacionado com a impugnação que apresentou ou poderia apresentar em cada um dos processos administrativos descritos no termo, com exceção do processo 50500.066688/2011-99, cujo objeto era o recolhimento a menor de valores devidos à União a título de receita alternativa. Estabeleceu que os processos administrativos e ofícios referidos no preâmbulo ficariam suspensos. O termo previu, também, que a TLSA deveria promover o pagamento parcelado, em 60 meses, das sanções pecuniárias correspondentes às infrações apuradas nos referidos processos, no valor total de R\$ 10.275.458,28, que seria posteriormente ajustado em função do resultado da apreciação do processo 50500.066688/2011-99. Ademais, ficou consignado que o parcelamento das multas representava confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a inscrição do crédito no Cadin e na dívida ativa.

Embora o estabelecimento de renúncia a impugnações judiciais e administrativas relativamente aos processos de aplicação de penalidades representasse um avanço em relação ao TAC firmado em 2005, ainda permaneceram diversas fragilidades no TAC firmado em 2013, que evidenciam a permissividade excessiva da ANTT, em benefício da TLSA, quais sejam:

a) previsão de desativação ou devolução da Linha Tronco Sul Recife, da Linha Tronco Centro Recife, da Linha Tronco Sul Fortaleza e do Ramal do Crato;

b) previsão de que os serviços de recuperação da malha original deveriam ser executados em 24 meses após o início da operação do Tramo I (Eliseu Martins – Trindade – Salgueiro – Suape) e do Tramo II (Salgueiro – Missão Velha – Pecém), que dizem respeito à Ferrovia Nova Transnordestina, ainda em fase de construção e que foi incluída no objeto da concessão na mesma data de assinatura do TAC (20/9/2013);

c) estabelecimento de que o ano de 2012 seria considerado como “ano de adaptação do regime de aproveitamento da malha objeto da concessão, não sendo havido, por isso, para fins de verificação do cumprimento de metas” (peça 3, p. 5);

d) parcelamento de dívidas já vencidas, ou seja, que deveriam ter sido encaminhadas para inscrição em dívida ativa;

e) previsão de que, em caso de não atendimento pela concessionária dos compromissos assumidos, a consequência seria apenas a instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.

Observa-se que o TAC celebrado em 2013 também não previu mecanismos suficientes para induzir a concessionária ao cumprimento dos compromissos acordados. Não foi estabelecida penalidade adicional para o caso de descumprimento do TAC, prevendo-se apenas a instauração ou a retomada de processos administrativos de apuração de responsabilidades, bem como a inscrição em dívida ativa das multas anteriormente aplicadas e que haviam sido parceladas. Não se percebe, pois, a vantagem da celebração do TAC em relação à imediata execução das multas ou à continuidade do processo de caducidade da concessão (processo 50500.027190/2012-91).

A fragilidade dos termos pactuados acabou dando azo a mais um acordo descumprido pela concessionária. Com efeito, em 2/5/2016, a ANTT declarou que a Ferrovia Transnordestina Logística S/A (que sucedeu a TLSA na exploração da Malha I da Malha Nordeste) descumpriu o TAC assinado em 20/9/2013 (peça 66). Com isso, foi determinada a retomada dos processos administrativos que haviam sido sobrestados por força do TAC, bem como do processo administrativo 50500.027190/2012-91, que pode levar à caducidade da concessão.

Estranhamente, porém, a ANTT ressaltou a manutenção do direito de a concessionária continuar pagando as multas de forma parcelada (peça 66). Ou seja, embora não tenha cumprido com as obrigações pactuadas no TAC, a FTL manteve o direito ao pagamento parcelado das multas.

Sobre o parcelamento das multas efetivado pelo TAC de 2013, cabem as seguintes considerações:

a) conforme apurado no Relatório de Auditoria objeto do TC 010.453/2014-8 (peça 104), entre as multas parceladas estavam multas que já haviam transitado em julgado no âmbito administrativo (referentes aos processos 50500.003081/2003-98, 50500.017812/2010-10 e 50500.033721/2011-02) e que, portanto, deveriam ter sido encaminhadas para a Procuradoria Federal junto à ANTT com vistas à inscrição em dívida ativa, nos termos da Portaria ANTT 156/2004 e do art. 22 do Decreto-Lei 147/1967;

b) o parcelamento de multas já vencidas contrariou o art. 1º, § 2º, da Resolução ANTT 3.561/2010, que dispõe que a solicitação de parcelamento pelo atuado deve ser feita antes do vencimento das multas;

c) o parcelamento de multas mediante o TAC contrariou os arts. 3º e 4º da Resolução ANTT 3.561/2010, que estabelecem que o parcelamento para dívidas em montante superior a R\$ 2 milhões, no caso de concessões ferroviárias e rodoviárias, deve ser feito por ato específico da Diretoria da ANTT, o qual só ocorreu em 1/8/2014, mediante a Deliberação 195/2014 (peça 107, p. 74, do TC 010.453/2014-8);

d) o pagamento da primeira parcela da dívida só ocorreu em 1/9/2014 (peça 107, pp. 71/2, do TC 010.453/2014-8), ou seja, quase um ano após a assinatura do TAC, e provavelmente foi motivado pela auditoria empreendida no TC 010.453/2014-8, realizada no período de 10 a 30/5/2014, que teve, entre seus achados, a ausência de pagamento da dívida parcelada pelo TAC.

A unidade técnica concluiu que o parcelamento operado pelo TAC com a TLSA violou a Resolução ANTT 3.561/2010, porém deixou de propor providências adicionais nestes autos, em razão de a matéria estar sendo tratada no TC 010.453/2014-8, o qual está sobrestado, aguardando o julgamento da representação do Ministério Público de Contas autuada no TC 012.179/2016-7.

Discorda-se da não adoção de providências nestes autos, haja vista que, por ocasião do despacho de sobrestamento do TC 010.453/2014-8 (peça 213 do TC 010.453/2014-8), Vossa Excelência decidiu que a apuração das falhas encontradas e a responsabilização dos gestores envolvidos, no tocante aos Termos de Ajuste de Conduta firmados pela ANTT com a concessionária da Malha Nordeste, deveriam ser realizadas neste TC 019.494/2014-9. Além disso, no voto condutor do Acórdão 1.731/2016-Plenário, proferido no TC 012.092/2016-9 (Solicitação do Congresso Nacional), Vossa Excelência consignou que “as questões que vieram a ser inseridas no TC 010.453/2014-8 e versavam sobre falhas e descumprimento do contrato de concessão da Malha Nordeste, ou seja, do contrato de concessão exterior ao da Transnordestina, por estarem fora do escopo da auditoria, deverão ser tratados em outro processo, qual seja, o que examina a legalidade do TAC firmado entre a concessionária da Malha Nordeste e a ANTT, haja vista que o objeto do TAC era justamente o descumprimento das obrigações da concessionária da Malha Nordeste”.

Assim, as audiências propostas no âmbito do TC 010.453/2014-8 que se referem a irregularidades na execução do contrato de concessão original da Malha Nordeste devem ser, desde logo, realizadas nestes autos. São elas (peça 192, p. 52, daqueles autos):

a) audiência do sr. Jean Maфра dos Reis, Superintendente de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas da ANTT, “por ter assinado Termo de Ajuste de Conduta com a concessionária Transnordestina Logística S.A em 20/09/2013 para parcelar multas aplicadas que já se encontravam vencidas, em afronta ao que preconiza o §2º do art. 1º da Resolução ANTT 3.561/2010, e sem autorização [por ato específico] da Diretoria como determinado no art. 4º do mesmo normativo (achado 3.1.A1)”;

b) audiência da sra. Renata Batista Junqueira Nogueira, Superintendente de Marcos Regulatórios da ANTT, “por ter sobrestado o processo de caducidade da concessionária (50500.027190/2012-91), à margem da devida fundamentação e por meio de decisão monocrática, conforme Despacho SUREG/ANTT firmado em 13/11/2012, quando deveria ter submetido sua proposta de sobrestamento do processo a comissão específica da autarquia, com fins de colher decisão colegiada, contrariando assim o que dispõe a o artigo 38, §3º, da Lei 8.987/95 e os artigos 25, 26 e 27 da Resolução ANTT 442/2004 (achado 3.1.A3)” (peças 94 a 99).

Considerando-se que a minuta do TAC de 20/9/2013 foi aprovada pela Diretoria da ANTT, mediante a Deliberação 37, de 22/2/2013 (peça 23, pp. 30/1), entende-se que, além do sr. Jean Maфра dos Reis, devem ser ouvidos em audiência pela irregularidade descrita na alínea “a”, acima, os membros da Diretoria da ANTT que aprovaram a citada deliberação, a serem identificados pela unidade técnica.

Quanto ao pedido formulado pela ANTT para que seja adequada a redação do item 157.3.3 da instrução da unidade técnica (peça 76), entende-se que pode ser parcialmente deferido, a fim de se informar à Cextrane que o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) assinado com a Transnordestina Logística S.A. em 20/9/2013 teve como um de seus objetos o parcelamento de multas já constituídas, com possível violação aos arts. 1º, § 2º, e 4º da Resolução ANTT 3.561/2010, o que será objeto de audiência dos responsáveis no âmbito do TC 019.494/2014-9.

Outra questão que chama a atenção no TAC celebrado com a TLSA foi o estabelecimento de que o ano de 2012 seria considerado como “ano de adaptação do regime de aproveitamento da malha objeto da concessão, não sendo havido, por isso, para fins de verificação do cumprimento de metas” (peça 3, p. 5). Ora, como o ano de 2012 pode ser considerado um ano de adaptação do regime de aproveitamento da Malha Nordeste, se a concessão teve início 14 anos antes, em 1998? Isso não faz absolutamente nenhum sentido.

Além do mais, o processo administrativo para apuração do descumprimento de metas de produção e de segurança do exercício de 2012 (processo 50500.118433/2013-81) foi instaurado em junho/2013 e não foi arrolado entre os processos que deveriam ser suspensos durante a execução do TAC (cf. preâmbulo e item 3 do TAC - peça 3, pp. 1 e 5). Portanto, o arquivamento do processo 50500.118433/2013-81, ocorrido em 31/1/2014, não decorreu da aplicação do art. 17, § 2º, do regulamento aprovado pela Resolução ANTT 442/2004 (“No transcurso do prazo fixado, o processo administrativo, se instaurado, ficará suspenso.”), mas, sim, da indevida desconsideração do ano de 2012 para fins de cumprimento de metas, como se verifica claramente do teor do Despacho 19/2014/Gerof/Sufer/ANTT e do Ofício 61/2014/Gerof/Sufer (peça 56, pp. 27/8).

Sendo assim, discorda-se do entendimento da unidade técnica de que o “TAC não determinou a desconsideração de todo o ano de 2012 para fins de verificação de meta, mas apenas a suspensão da apuração de responsabilidade e conseqüente processo de aplicação de penalidade enquanto vigesse o acordo e a concessionária compromissária continuasse adimplente no que tange às suas obrigações ajustadas” (peça 69, p. 15). Tanto o TAC determinou a desconsideração do ano de 2012 para fins de verificação do cumprimento de metas, conforme consta literalmente do seu item 2, subitem “iii”, que o processo 50500.118433/2013-81 não foi suspenso ou sobrestado, mas, sim, arquivado. Ressalte-se que o posterior desarquivamento do

referido processo, ocorrido em 30/12/2015 (peça 56, pp. 30/1), não tem o condão de elidir a irregularidade, que se consumou no momento da celebração do TAC.

Desse modo, o Ministério Público de Contas propõe que seja feita a audiência dos gestores da ANTT que aprovaram o TAC firmado com a TLSA em 20/9/2013, em razão da indevida desconsideração do ano de 2012 para fins de cumprimento de metas, o que acarretou o arquivamento do processo 50500.118433/2013-81, sem amparo na Resolução ANTT 442/2004.

Ao analisar a efetividade dos TACs celebrados com a CFN e com a TLSA, a unidade técnica concluiu que esses ajustes “tiveram pouca ou nenhuma efetividade, uma vez que foram reiteradamente descumpridos, pois a Agência não conseguiu induzir a concessionária a cumpri-los devido à falta de incentivos negativos” (peça 69, p. 31).

A principal causa apontada pela unidade técnica para essa ausência de efetividade foi o fato de a Resolução ANTT 442/2004 ter previsto como cominação, para o caso de inadimplemento das obrigações, apenas a abertura ou a retomada dos processos administrativos para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis, o que se mostrou insuficiente para induzir o compromissário do TAC a realizar as medidas corretivas pactuadas.

Registre-se que a Resolução ANTT 442/2004 foi revogada pela Resolução ANTT 5.083/2016, que rege atualmente a celebração de TAC pela agência. A nova norma trouxe, de forma clara, que o TAC conterà “as medidas administrativas e as penalidades previstas para o caso de não cumprimento” (art. 15, IV, grifou-se) e que, verificado o não cumprimento do compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração ou ao prosseguimento do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação de penalidades, “sem prejuízo das penalidades previstas no TAC” (art. 16, § 2º, grifou-se). Assim, pela norma atual, os TACs devem prever penalidades específicas para a hipótese de descumprimento das obrigações assumidas pela concessionária.

Como já noticiado anteriormente neste parecer, está em curso, na ANTT, a elaboração de um novo regulamento do TAC, conforme minuta de resolução à peça 89, objeto da Audiência Pública ANTT 10/2017. Certamente essa nova norma trará muitos avanços em relação à regulamentação atual, pois estabelece critérios mais rigorosos para a celebração de TACs e consequências mais gravosas para o caso de seu descumprimento, com vistas a preservar a efetividade desses ajustes.

Em que pese a fragilidade da Resolução ANTT 442/2004, entende-se que ela não pode ser considerada a única culpada pelo fracasso dos TACs celebrados com a concessionária da Malha Nordeste. Isso porque a resolução não obrigou a ANTT a celebrar TAC algum, apenas conferiu à agência essa opção, que só poderia ser exercida se ficasse devidamente configurado que o TAC atendia melhor o interesse público que o processo administrativo sancionador.

Ao ver do Ministério Público de Contas, não ficou evidenciada nos autos a vantagem da celebração dos TACs em apreço, notadamente a do TAC de 20/9/2013. Com efeito, por ocasião desse segundo TAC, já se sabia, de forma cristalina, do completo fracasso do TAC de 27/7/2005, na medida em que a CFN não havia cumprido minimamente com as obrigações pactuadas, as quais não iam além das obrigações já previstas no próprio contrato de concessão, concernentes à prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas de forma regular e adequada ao longo da Malha Nordeste. Além disso, a CFN não havia pago as multas anteriormente aplicadas e ainda ingressou com ação judicial para obstar a respectiva cobrança.

Em setembro de 2013, a ANTT tinha plena ciência de que a TLSA jamais conseguira cumprir as metas de produção pactuadas entre as partes, tanto é que, em 2012, a agência reguladora já havia aberto processo administrativo para a possível decretação da caducidade da concessão. Não só as metas de produção pactuadas no TAC para o quinquênio 2005/2009 haviam sido descumpridas, como também as metas de produção pactuadas, mediante as Resoluções ANTT 3.550/2010, 3.712/2011 e 3.843/2012, para os anos de 2010, 2011 e 2012 (processos administrativos 50500.033721/2011-02, 50500.066698/2012-13 e 50500.118433/2013-81).

Assim, decorridos mais de 14 anos do início da concessão (cerca da metade do prazo total de 30 anos), sem que a conduta da concessionária se ajustasse às disposições legais e contratuais, e, inclusive, com a piora no seu desempenho, era de se esperar que fosse dada rápida continuidade ao processo de caducidade da concessão e aos demais processos administrativos de aplicação e cobrança de penalidades.

Todavia, a ANTT fez justamente o oposto: sobrestou o processo de caducidade e depois celebrou TAC para parcelar multas já constituídas (transitadas em julgado no âmbito administrativo), dar mais prazo para a concessionária cumprir obrigações contratuais (prazo incerto, já que dependente da entrada em operação da Malha II, ainda em construção) e permitir a desativação de linhas e ramais (Linha Tronco Sul Recife, Linha Tronco Centro Recife, Linha Tronco Sul Fortaleza e Ramal do Crato).

A lógica do TAC, que consiste em substituir uma possível e incerta aplicação de multa por novas obrigações, certas e exigíveis, foi contrariada. Como consignou Vossa Excelência no despacho à peça 14, “a opção pelo acordo substitutivo não pode ser realizada à custa de assunção ou diminuição das obrigações ordinárias já estabelecidas em contrato de concessão, mas deve ser fundada no compromisso de o infrator assumir obrigações extraordinárias, seja, por exemplo, sob a forma de investimentos suplementares na melhoria e atualização tecnológica do serviço, seja na diminuição das tarifas, sob pena de o concessionário incorrer em sanções caso não adira ou cumpra o acordo”.

Nessa linha, não se vislumbra qual o interesse público alcançado pelo TAC celebrado com a TLSA. Na verdade, o ajuste beneficiou apenas a concessionária, que teve garantido o direito ao pagamento parcelado de multas mesmo estando inadimplente com as obrigações pactuadas, relativas à recuperação de trechos da malha original para permitir a circulação de trens com velocidade máxima de 25km/h. Ressalte-se que a manutenção em perfeitas condições da malha ferroviária já era uma obrigação da concessionária ordinariamente estabelecida no contrato de concessão, embora sistematicamente descumprida.

Mostra-se necessária, pois, a realização de audiência dos gestores da ANTT responsáveis pela aprovação/celebração do TAC de 20/9/2013, em razão da não demonstração do interesse público nessa celebração, considerando-se:

- a) a inadimplência contumaz da concessionária e o seu péssimo desempenho, desde o início da concessão;
- b) o fracasso do TAC anteriormente celebrado (em 27/7/2005);
- c) a ausência de estipulação de compensações pelos reiterados descumprimentos contratuais (ex: novos investimentos, redução das tarifas ou pagamento de indenização);
- d) a falta de exigibilidade das obrigações pactuadas (impossibilidade de execução judicial);
- e) a fixação de prazo incerto para a execução dos serviços de recuperação da malha original (dependente da entrada em operação da Ferrovia Nova Transnordestina);
- f) a previsão de desativação de trechos ferroviários, com redução da oferta do serviço público; e
- g) a desconsideração do ano de 2012 para fins de verificação do cumprimento de metas.

Por fim, quanto às propostas de determinação, recomendação, encaminhamento de informações e expedição de ciência formuladas pela unidade técnica, o Ministério Público de Contas reputa necessário realizar alguns pequenos ajustes na sua redação, de modo a refletir melhor o entendimento manifestado neste parecer.

III

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se no sentido de o Tribunal:

a) com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que se abstenha de assinar Termos de Ajuste de Conduta (TACs) que não prevejam medidas compensatórias para as infrações praticadas e que apenas prevejam, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a adoção das providências necessárias à instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, pois tal cominação não é capaz de compelir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, o que afronta os princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público;

b) com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que dê continuidade ao processo de elaboração da nova resolução que regulamentará a celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TACs) no âmbito da agência (objeto da Audiência Pública ANTT 10/2017), de modo a estabelecer critérios mais rigorosos para sua celebração e a dotá-los de efetividade, por meio da inclusão, nos instrumentos dos ajustes, de cominações para o caso de descumprimento das obrigações pactuadas, com eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, e em atendimento aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público;

c) com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 38, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso II, e 231 do Regimento Interno do TCU e 17, inciso II, da Resolução TCU 215/2008, informar à Comissão Externa – Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (Cextrane) da Câmara dos Deputados, em referência à alínea “d” do Requerimento 16/2016, objeto do Ofício Pres. 19/2016 (CD), de 27/4/2016, que:

c.1) com relação ao regulamento aprovado pela Resolução ANTT 442/2004 (revogada pela Resolução ANTT 5.083/2016), embora sua existência encontre amparo nas competências regulatórias contidas na Lei 10.233/2001, o seu conteúdo (arts. 16 a 18) não teve o condão de garantir a efetividade no cumprimento das obrigações pactuadas nos Termos de Ajuste de Conduta (TACs) assinados com a concessionária da Malha Nordeste, por falta de previsão de cominações para o caso de descumprimento de tais obrigações, com eficácia de título executivo extrajudicial;

c.2) os Termos de Ajuste de Conduta assinados em 27/7/2005 e 20/9/2013 com a Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN) e a Transnordestina Logística S.A (TLSA), respectivamente, apenas previam, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a abertura, ou o prosseguimento, dos processos administrativos, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis; em consequência, as obrigações estipuladas tiveram níveis baixos de cumprimento nos prazos estipulados;

c.3) o Termo de Ajuste de Conduta assinado com a Transnordestina Logística S.A. em 20/9/2013 apresentou as seguintes ocorrências, que serão objeto de audiência dos responsáveis no âmbito do TC 019.494/2014-9:

c.3.1) parcelamento de multas já constituídas (transitadas em julgado no âmbito administrativo), com possível violação aos arts. 1º, § 2º, e 4º da Resolução ANTT 3.561/2010;

c.3.2) ausência de estipulação de compensações (ex: novos investimentos, redução das tarifas ou pagamento de indenização) pelos reiterados descumprimentos contratuais ocorridos desde o início da vigência da concessão;

c.3.3) falta de exigibilidade das obrigações pactuadas (impossibilidade de execução judicial);

c.3.4) fixação de prazo incerto para a execução dos serviços de recuperação da malha original, pois dependente da entrada em operação da Ferrovia Nova Transnordestina;

c.3.5) previsão de desativação de trechos ferroviários, com redução da oferta do serviço público; e

c.3.6) desconsideração do ano de 2012 para fins de verificação do cumprimento de metas;

d) dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres de que a celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) sem a demonstração da vantagem de sua assinatura para a Administração em contraponto à regular aplicação das sanções administrativas ordinárias, identificada no caso dos Termos de Ajuste de Conduta de 27/7/2005 e 20/9/2013, firmados com a concessionária da Malha Nordeste, afronta os princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público;

e) encaminhar os autos à SeinfraPortoFerrovia para a continuidade das análises em relação aos demais Termos de Ajuste de Conduta firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, bem como para a promoção das seguintes audiências:

e.1) do sr. Jean Maíra dos Reis, Superintendente de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas da ANTT, e dos membros da Diretoria da ANTT que aprovaram a Deliberação 37, de 22/2/2013, pela aprovação/celebração de Termo de Ajuste de Conduta com a concessionária Transnordestina Logística S.A em 20/9/2013, sem a devida demonstração do interesse público nessa celebração, considerando-se as seguintes ocorrências: parcelamento de multas já constituídas (transitadas em julgado no âmbito administrativo), com violação aos arts. 1º, § 2º, e 4º da Resolução ANTT 3.561/2010; inadimplência contumaz da concessionária e o seu péssimo desempenho, desde o início da concessão, inclusive com o descumprimento do TAC anteriormente celebrado (em 27/7/2005); ausência de estipulação de compensações pelos reiterados descumprimentos contratuais (ex: novos investimentos, redução das tarifas ou pagamento de indenização); falta de exigibilidade das obrigações pactuadas (impossibilidade de execução judicial); fixação de prazo incerto para a execução dos serviços de recuperação da malha original (dependente da entrada em operação da Ferrovia Nova Transnordestina); previsão de desativação de trechos ferroviários, com redução da oferta do serviço público; e desconsideração do ano de 2012 para fins de verificação do cumprimento de metas;

e.2) da sra. Renata Batista Junqueira Nogueira, Superintendente de Marcos Regulatórios da ANTT, por ter sobrestado o processo de caducidade da concessionária (50500.027190/2012-91), à margem da devida fundamentação e por meio de decisão monocrática, conforme Despacho SUREG/ANTT firmado em 13/11/2012, quando deveria ter submetido sua proposta de sobrestamento do processo a comissão específica da autarquia, com fins de colher decisão colegiada, contrariando, assim, o disposto no art. 38, §3º, da Lei 8.987/1995 e nos arts. 25, 26 e 27 da Resolução ANTT 442/2004;

f) retirar deste processo os atributos definidos no art. 5º da Resolução TCU 215/2008;

g) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida ao Presidente da Câmara dos Deputados e à Comissão Externa – Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (CEXTRANE) da Câmara dos Deputados.”

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos no artigo 237, inciso VI, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, conheço da representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo contra possíveis irregularidades verificadas na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TAC's) entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e concessionárias de serviço público de transporte rodoviário e ferroviário.

O representante aduz, em síntese, os seguintes indícios de irregularidade:

a) **Ilegalidade da regulamentação do TAC no âmbito da ANTT.** Ao disciplinar a celebração de Termo de Ajuste de Conduta por meio da Resolução ANTT nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, atual Resolução ANTT nº 5.083, de 27 de abril de 2016, a Agência Nacional de Transportes Terrestres exorbitou da competência deferida pela Lei da Ação Civil Pública (LACP), porquanto os acordos não visam à proteção de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, mas apenas à preservação dos direitos contratuais da Agência reguladora em relação aos contratados;

b) **Desvirtuamento do objeto dos TACs firmados no âmbito contrato de concessão da Transnordestina.** Os termos de ajustamento de conduta desfiguraram o objeto dos contratos de concessão ao provocarem desequilíbrio econômico-financeiro da avença em desfavor do Poder Concedente, porquanto repactuaram metas previamente estabelecidas no contrato original e contemplaram parcelamento ou renúncia à aplicação de multas, algumas das quais vencidas, por descumprimento de obrigações estipuladas na avença, em normas regulamentares e na lei de regência;

c) **Impossibilidade de execução do TAC em caso de eventual descumprimento do acordo.** A eventual inadimplência dos termos de ajustamento de conduta celebrados pela Agência não tem como consequência execução extrajudicial de penalidades aplicadas às concessionárias ou de qualquer dívida pendente, pois a remete à abertura de novo procedimento ordinário para apuração de irregularidade;

d) **Promoção de mercado desequilibrado.** Da forma como ajustados, os TAC's celebrados pela Agência tendem a promover desorganização regulatória do setor ao sinalizar às empresas atuantes no ramo de prestação dos serviços públicos delegados a possibilidade de auferirem ganhos ilícitos à custa da desobediência às obrigações estabelecidas em contrato de concessão e na legislação regulatória;

e) **Indício de prática de ato de improbidade administrativa.** A celebração de termos de ajuste de conduta, nos moldes apregoados pela Agência, constitui indício de prática de ato de improbidade administrativa tipificado na Lei 8.429/1992, na medida em que o acordo lesiona o Erário e viola princípios da Administração Pública.

Mediante despacho (peça 14), conheci da peça inaugural, indeferi pedido de medida cautelar *inaudita altera parte* e ordenei a adoção de medidas saneadoras, com vistas a apurar a procedência dos fatos denunciados. A rejeição da liminar foi mantida pelo Acórdão 675/2016-Plenário ao negar o agravo interposto pelo Ministério Público de Contas.

Aprecia-se, nesta oportunidade, a legalidade e a efetividade dos termos de ajustamento de conduta celebrados entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres e empresa concessionária Transporte Logística S.A. (TLSA), em atendimento preferencial à Solicitação do Congresso Nacional formulada pelo Coordenador da Comissão Externa da Câmara dos Deputados - Construção da Ferrovia Nova

Transnordestina, Deputado Raimundo Gomes de Matos, conhecida pelo Acórdão 1.731/2016-Plenário.

Em face da relevância do assunto, dos riscos envolvidos e da alta materialidade dos recursos públicos vertidos no financiamento da ferrovia Nova Transnordestina, a comissão parlamentar requereu ao Tribunal de Contas da União esclarecimento dos seguintes fatos:

Solicitação Parlamentar:

“Legalidade do contrato de concessão, tendo em vista que a obra da nova transnordestina começou partir da autorização para construção de um ramal, tornando-se uma nova concessão sem o devido processo licitatório;”

Ação de controle:

O assunto é objeto de representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU, autuada no TC 012.179/2016-7, motivo pelo qual foi sobrestado o exame da Relatório de Auditoria no TC 010.453/2014-8;

Solicitação Parlamentar:

“Desvio de agenda já efetivado e eficácia das ações de recuperação do cronograma por parte do regulador;”

“Estrutura de governança do empreendimento no que diz respeito à assimetria de informação entre concessionária, acionistas, financiadores e regulador;”

Ação de controle:

A estrutura de governança do financiamento e da construção da ferrovia nova transnordestina foi apreciada no relatório de auditoria operacional TC 021.573/2016-6. Foram identificadas falhas na fiscalização e no acompanhamento das obras, assim como na liberação de recursos públicos. Verificou-se também ausência de regulamentação, por parte da ANTT, do regimento de apuração e controle de saldos de capital próprio, investido em desacordo com o contrato de concessão. Por meio do Acórdão 1.408/2017-Plenário, foram expedidas determinações e ordenada constituição de processo apartado para apuração de responsabilidades pela prática de irregularidades;

Solicitação Parlamentar:

“Análise de viabilidade técnica e econômica que embasou a entrada da VALEC no acordo de acionistas, bem como a participação do Conselho de Administração daquela estatal na avaliação de riscos, ponderação de possíveis resultados e aprovação do investimento;”

Ação de controle:

A fiscalização dos aspectos relativos à participação societária da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. na empresa Transnordestina Logística S.A. foi objeto de relatório de auditoria operacional TC 021.577/2016-1. Foram apontadas as seguintes irregularidades: ausência de análises técnicas, econômicas ou financeiras que embasassem a participação da VALEC como acionista da Transnordestina Logística S.A.; falhas nas análises de liberação de recursos em substituição ao Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR) e ao Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (FNDE), em cumprimento ao acordo de investimentos; omissão no exercício de prerrogativas de aprovação de matérias sujeitas a procedimentos especiais, estabelecidas no acordo de acionistas para mitigar riscos de prejuízos. Mediante Acórdão 1.659/2017-Plenário, o Tribunal, entre outras medidas, determinou a constituição de processo apartado para apuração das responsabilidades pela prática das irregularidades.

Solicitação Parlamentar:

“Legalidade e efetividade dos Termos de Ajustamento de Conduta entre a ANTT e a concessionária, em que as sanções têm sido substituídas por medidas saneadoras que (...) não têm sido capazes de mudar o andamento da obra;”

Ação de controle:

O assunto é o objeto da presente representação.

II

Inicialmente, afasto a ausência de supedâneo legal para que a Agência reguladora preveja, em ato normativo próprio, possibilidade de celebrar termo de ajustamento de condutas com concessionárias de serviços públicos de transporte terrestre, para elisão de pendências e irregularidades verificadas na execução de contrato de concessão.

A previsão e a regulamentação dos referidos acordos, inicialmente previstas na Resolução ANTT 152/2003 e sucedida pelas Resoluções ANTT nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, e 5.083, de 27 de abril de 2016, têm seu fundamento de validade jurídica nas amplas competências regulatórias atribuídas à Agência Nacional de Transportes Terrestres pela Lei 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. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V – editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

(...)

VIII – **fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;**

(...)

Art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

I - advertência; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

II - multa; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

III – suspensão; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

IV – cassação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

V - declaração de inidoneidade. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

VI - perdimento do veículo. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)” (grifei)

Embora a Lei de criação da ANTT defina penalidades a que estará sujeito o concessionário infrator, não determina expressamente que a punição seja o único meio para alcançar o desiderato de garantir a regular prestação do serviço público concedido. Considerada a complexidade e a multiplicidade de situações verificadas na fiscalização dos serviços regulados, haverá o gestor público de sopesar se a medida sancionadora atenderá, no caso concreto, ao interesse público primário, podendo assim alterá-la por ações mais efetivas à melhoria dos serviços delegados.

Nesse sentido, o Termo de Ajuste de Conduta emerge como solução negociada de conflito, no sentido de cessar as irregularidades, corrigir as condutas indesejáveis do concessionário, reparar danos por ele causados ao patrimônio público e ao usuário.

Ao contrário do que ocorre com a Lei de Improbidade Administrativa (artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992), a Lei 10.233/2001 não contempla expressa vedação à celebração de acordo substitutivo ao processo sancionador. Trata-se de instrumento regulatório alternativo ao processo sancionatório ao prevenir longas contendas administrativas e judiciais acerca das infrações cometidas pelo concessionário que poderão resultar ou não em aplicação de penalidades na medida desejada pela Agência reguladora. Fomenta, assim, a adesão do concessionário ao compromisso de ajustar sua conduta às exigências do contrato e da lei.

Nessa perspectiva, as sanções previstas no artigo 78-A da Lei nº 10.233/2001 (advertência, multa, suspensão, cassação, declaração de inidoneidade e perdimento de veículo) assumem caráter instrumental e não um fim em si mesmo, pois, ao visarem à repressão e à prevenção de condutas violadoras das regras do contrato de concessão e da legislação de regência, têm em mira o restabelecimento da adequada prestação dos serviços públicos delegados e não a mera satisfação de pretensão arrecadatória.

Dessa forma, a dispor sobre procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por violação ao contrato de concessão e à legislação regulatória, o artigo 16 da Resolução ANTT nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, atualmente regulamentada pela Resolução 5.083, de 27 de abril de 2016, previu a possibilidade de a Agência reguladora celebrar com os concessionários acordos substitutivos aos processos sancionatórios:

“Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).”

Não bastassem as amplas competências regulatórias, estabelecidas pela Lei 10.233/2001, parece-me, também, juridicamente viável à ANTT, na condição de autarquia legitimada a propor ação civil pública, celebrar termo de ajustamento de conduta com concessionário de serviços por ela fiscalizados, visando à tutela de interesses estabelecidos no artigo 1º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública).

Diferentemente da norma de criação da Agência reguladora, o §6º do artigo 5º, do último diploma legal confere, ainda, ao acordo de ajuste de conduta eficácia de título executivo extrajudicial:

[Lei nº 7.347, DE 24 DE JULHO de 1985.](#)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - à ordem urbanística. *(Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)*

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. *(Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)*

VIII - ao patrimônio público e social. *(Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014)*

(...)

Art. 5º *Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)*

I - o Ministério Público; *(Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007)*.

II - a Defensoria Pública; *(Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007)*.

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; *(Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007)*.

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; *(Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007)*.

V - a associação que, concomitantemente; *(Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007)*.

(...)

§ 6º *Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (grifei)*

Muito se pondera que o termo de ajustamento de conduta previsto no § 6º do artigo 5º da Lei 7.347/1985 seja considerado instrumento típico de prevenção ou de encerramento de litígios judiciais que possam resultar do manejo de ação civil pública. No entanto, nada impede que o mesmo remédio jurídico também seja utilizado em processo de apuração da responsabilidade por descumprimento de contrato e da legislação regulatória, instaurado no âmbito da Agência reguladora, como forma de prevenir contendas administrativas e judiciais acerca de temas tutelados pelo referido diploma legal.

Aliás, não há qualquer disposição expressa da Lei de Ação Civil Pública que vincule a celebração do acordo substitutivo sancionador à exclusiva finalidade de prevenção ou encerramento lide judicial que possa resultar do ajuizamento de ação civil pública pela entidade legitimada. Muito menos exige a norma legal que o bem jurídico por ela tutelado no acordo de ajustamento de conduta, no caso, interesse difuso dos usuários dos serviços público delegados, seja apreendido de forma imediata sem a mediação de qualquer outro instrumento como é o contrato de concessão.

Não raro, os contratos de concessão de serviços de transportes terrestres envolvem obrigação de o concessionário realizar investimentos de longo período de execução e maturação, cujos reflexos na melhoria da prestação de serviços delegados, muitas vezes, não são imediatamente perceptíveis pelo usuário, mas em momento previsto no plano de exploração aprovado pelo órgão regulador. Mesmo assim, não se pode taxá-los como avessos ao interesse público na melhoria dos serviços de transporte terrestre prestados aos usuários.

Nesse diapasão, não vislumbro que a Resolução ANTT nº 442/2004 tenha exorbitado da Lei de Ação Civil Pública e da própria Lei de criação da Agência reguladora ao prever a possibilidade de a autarquia firmar Termo de Ajuste de Conduta com concessionário de serviço público de transporte terrestre a fim de corrigir pendências, cessar irregularidades ou afastar infrações verificadas na execução do contrato de concessão. Em tese, tal acordo, ainda que mediado por um contrato de concessão, visa, ao fim, tutelar interesse difuso consistente na prestação de serviço público delegado em condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária, tal qual existe o artigo 6º da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões).

Conforme frisei no Despacho saneador e nos fundamentos do Acórdão 675/2016-Plenário, desde que observados os *standards* ou limites de competência definidos pela Lei 10.233/2001, a Agência reguladora dispõe de certa margem de discricionariedade para, diante da violação ao contrato de concessão, aos regulamentos de regulação dos serviços delegados e à lei, escolher o instrumento que melhor atenda ao interesse público no caso concreto, seja ele medida punitiva ou acordo substitutivo. Em princípio, a própria Agência, atenta às dinâmicas do setor regulado, o contexto do contrato e as peculiaridades da situação vertente, haverá sempre de sopesar os prós e contras da celebração de acordo que possa colocar termo às pendências verificadas na execução da avença, como alternativa à instauração ou ao prosseguimento de processo sancionador, justificando a solução adotada como a aquela que mais convenha ao interesse público.

Em todo caso, a escolha entre a abertura de processo administrativo sancionador ou a celebração de termo de ajuste de conduta que permita, mediante a adesão do compromissário, cessar as irregularidades e compensar os danos causados na prestação de serviço, haverá sempre de ser motivada pelo Administrador, de tal forma que sua regularidade e atendimento ao interesse público possam ser sindicados pelos órgãos controle externo judicial ou administrativo.

Nessa vereda, não estará o Tribunal de Contas da União se imiscuindo no âmbito de discricionariedade do gestor, mas verificará se a opção eleita pelo Administrador atende ao interesse público primário.

O instrumento consensual não pode, todavia, ser utilizado indiscriminadamente, a ponto de desvirtuar o contrato de concessão pela alteração de metas pactuadas no termo de ajuste, sob pena de frustrar o certame licitatório que deu origem à outorga do objeto. A celebração de TAC's não é, também, expediente para estimular a impunidade pela inadimplência contumaz do concessionário infrator nem gerar reforço negativo quanto à possibilidade de enriquecimento ilícito pelos operadores privados à revelia da legislação regulatória.

Dessa forma, a escolha pelo acordo substitutivo não pode ser realizada à custa de mera assunção ou diminuição das obrigações ordinárias já estabelecidas em contrato de concessão, mas deve estar fundada no compromisso de o concessionário assumir obrigações extraordinárias, seja, por exemplo, sob a forma de investimentos suplementares na melhoria e atualização tecnológica do serviço, seja na diminuição das tarifas. Assim, tais compensações deverão contribuir para melhoria dos serviços regulados, além de desestimular o concessionário a incorrer em futuras transgressões da avença e da legislação regulatória.

III

Feitas essas considerações iniciais, passo ao exame do caso vertente.

Após a privatização da antiga Rede Ferroviária Federal S/A, a delegação dos serviços públicos de transporte ferroviário de cargas da Malha Nordeste foi originalmente outorgada pela União à Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN) mediante contrato de concessão assinado em 31/12/1997. A vigência inicial do ajuste foi de 30 anos, podendo ainda ser prorrogada

O instrumento contratual estabeleceu metas específicas de produção e de segurança para os primeiros cinco anos e dispôs ainda que, a cada quinquênio subsequente, seriam pactuadas entre as partes novas metas (peça 55, pp. 5/6). Os anos de 2003 e 2004 foram atípicos na estipulação de metas, pois a recém criada ANTT, instituída pela Lei 10.233/2001, encontrava-se em estruturação, não tendo tempo suficiente para planejamento dessas ações e respectivo acompanhamento.

O item 9.1. da Cláusula Nova do contrato estabeleceu também os seguintes deveres da concessionária: prestar serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários; zelar pela integridade dos bens vinculados à concessão, mantendo-os em perfeitas condições de funcionamento e conservação; promover a reposição de bens e equipamentos vinculados à concessão, assim como a aquisição de novos bens, a fim de assegurar a prestação de serviço adequado; manter as condições de segurança operacional da ferrovia de acordo com as normas em vigor; e manter a continuidade do serviço concedido, salvo interrupção emergencial causada por caso fortuito ou força maior (peça 55, pp. 8/11).

Como bem asseverou o Ministério Público de Contas, a concessionária, desde o início da vigência do contrato, vem descumprindo dispositivos do Regulamento de Transporte Ferroviários e metas anuais de produção e segurança, bem como as obrigações referentes à prestação adequada do serviço público. Além disso, a CFN tem postergado a realização de intervenções de manutenção e investimentos na via permanente e no material rodante, o que vem impactando negativamente no desempenho da concessionária. Em razão dessas inadimplências, a ANTT instaurou processo administrativo 50500.003081/2003-98, que resultou na expedição de diversas notificações de autuação de infrações e de aplicação de sanções pecuniárias (peça 4, pág. 7).

Em vista da não-eliminação dessas irregularidades, decidiu a Agência Nacional de Transportes Terrestres celebrar, em 27/7/2005, primeiro termo de ajustamento de conduta (TAC) com a CFN com o objetivo de elidir referidas pendências, restabelecer a normalidade das operações ferroviárias da Malha Nordeste e ampliar a prestação de serviço público de transporte de cargas em trechos com tráfego suspenso.

Por meio desse termo de ajuste, comprometeu-se a concessionária a adimplir: metas anuais de produção e de segurança no quinquênio 2005 a 2009; medidas para recuperação da infraestrutura e superestrutura da via permanente; disponibilização de material rodante em número suficiente ao atendimento da demanda e das metas estabelecidas, conforme prazos estabelecidos. As multas aplicadas pela ANTT à prestadora de serviço, no âmbito do processo administrativo 50500.003081/2003-98, foram mantidas no acordo, devendo, ainda, a concessionária encaminhar à agência reguladora relatórios mensais das medidas adotadas em cumprimento ao TAC. Em caso de descumprimento do acordo, previu o instrumento *“a abertura de processo administrativo, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis”* (peça 4, pág. 7).

Não obstante as metas de produção estipuladas no TAC serem inferiores aos valores fixados no quinquênio anterior (1999-2004), a CFN não logrou alcançá-las. Com relação às metas de segurança, houve apenas o cumprimento dos índices máximos de acidentes nos períodos de 2006 e 2007, muito embora tal desempenho, de acordo com a Agência Reguladora (peça 57, pág. 5), deva-se muito mais à significativa redução de transporte ferroviário na malha nordeste, insuficiente para provocar sinistros em quantidade substancial, do que a efetivas medidas de prevenção adotadas pela concessionária.

Caracterizado o inadimplemento do primeiro termo de ajustamento de conduta, ano após ano, foram instaurados diversos processos administrativos pela Agência Reguladora para averiguação de responsabilidade e aplicação de penalidade (Processos Administrativos ANTT 50500.056642/2006-02, 50500.007004/2008-11, 50500.043478/2008-11, 50500.035782/2009-81, 50500.017812/2010-10).

A obrigação de pagamento das multas aplicadas pela Agência no âmbito do processo administrativo ANTT 50500.003081/2003-98, também incluída no primeiro TAC, não somente foi descumprida pela CFN, como a própria concessionária ingressou em juízo com ação judicial cautelar incidental, com pedido de liminar (processo 0072078-41.2011.4.01.0000/DF - peça 59), a fim de suspender a cobrança das referidas sanções (autos de infração 58, 59, 61 e 64 a 68), no total de R\$ 1.500.255,64, até decisão final de mérito na apelação interposta no âmbito da ação anulatória das multas (processo 0035032-13.2005.4.01.3400/DF). A liminar foi deferida em 9/12/2011, suspendendo-se a exigibilidade das penalidades administrativas impostas pela Agência Reguladora à requerente, desde que garantida por meio de fiança bancária (peça 59, p. 3). Em consulta realizada pelo *Parquet* especializado ao portal do TRF/1ª Região, a apelação ainda não foi julgada (peça 88).

Também não foram conclusas as obras de recuperação da Linha Centro (Trecho Jorge Lins/PE – Salgueiro/PE) e da Linha Sul (Trecho Catende/PE – Propriá/SE), muito menos sanadas as deficiências no Ramal de Macau, limitando-se a concessionária, nesse último caso, a solicitar a suspensão do serviço de transporte de cargas em decorrência suposta inexistência de demanda comercial no estado do Rio Grande do Norte (peça 61, p. 2).

Mesmo configurada a inadimplência do primeiro termo de ajustamento de conduta, optou a ANTT por celebrar, em 20/09/2013, novo TAC com a concessionária, cuja denominação social já havia sido alterada, em 2008, de Companhia Ferroviária do Nordeste para Transnordestina Logística S/A (TLSA). Como será exposto neste voto, a mudança da razão social da CFN para TLSA fez parte do início da reorganização societária destinada a transferir-lhe a concessão da exploração dos serviços de transporte rodoviário da malha a ser construída, conhecida como Nova Transnordestina.

Nesse ponto, faz-se necessário abrir um parêntesis, a fim de contextualizar a celebração do último termo de ajuste de conduta. Na

mesma data em que formalizado o referido acordo (20/09/2013), a Agência também firmou com a TLSA 1º Termo Aditivo ao contrato de concessão com fundamento na Resolução ANTT 4.041/2013 (peça 100). Por meio desse aditamento, foram inclusas novas obrigações assumidas pela concessionária, relativas à construção do conjunto de linhas, ramais e sub-ramais complementares à Malha Nordeste, a exclusão da superposição de trechos observados entre a Malha Nordeste, em sua configuração original, e as linhas e os ramais e sub-ramais a serem construídos, bem como a retirada daqueles trechos cuja inviabilidade operacional e econômica recomendasse, por interesse público, sua desincorporação da Malha Nordeste.

A Cláusula Primeira do 1º Termo Aditivo ao contrato de concessão dividiu, ainda, a antiga Malha Nordeste em duas malhas:

- Malha I (São Luís a Mucuripe; Arrojado a Recife; Itabaiana a Cabedelo; e Paula Cavalcante a Macau);

- Malha II (Missão Velha a Salgueiro; Salgueiro a Trindade; Trindade a Eliseu Martins; Salgueiro ao Porto de Suape; e Missão Velha ao Porto de Pecém). A Malha II consiste na Ferrovia Nova Transnordestina, ainda em construção.

A celebração do primeiro termo aditivo ao contrato de concessão foi, na verdade, preparação para que houvesse a cisão da concessionária TLSA e do objeto da concessão, aprovada pela Resolução ANTT 4.042/2013 (peça 101). Por meio da referida decisão colegiada, a Agência Reguladora autorizou:

- a prorrogação do período de vigência da concessão, conforme previsão contratual, haja vista que o prazo original foi considerado insuficiente para amortizar dos investimentos na construção da nova malha;

- a cisão da concessão para exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga na Malha Nordeste e a cisão da concessionária Transnordestina Logística S.A., com a consequente constituição de duas companhias abertas, tendo uma sociedade empresária por objeto a operação da malha composta pelos trechos São Luiz-Mucuripe, Arrojado-Cabedelo e Macau-Recife (Malha I) e a outra, a construção e operação da expansão da Malha Nordeste, composta pelos trechos Missão Velha-Salgueiro, Salgueiro-Trindade, Trindade-Eliseu Martins, Salgueiro-Porto de Suape e Missão Velha-Porto de Pecém (Malha II, também denominada Nova Ferrovia Transnordestina);

- a adoção, por parte da TLSA, de todas as providências necessárias à constituição das duas empresas referidas, observada a atualização da participação dos respectivos acionistas controladores;

- obrigação de a Companhia operadora da Malha II ter entre seus controladores, além da Companhia Siderúrgica Nacional, a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste e o Banco Nacional de Desenvolvimento Social;

- submissão, pela companhia responsável pela Malha II, do acordo de acionistas à prévia aprovação da ANTT, a fim de regular as suas relações no âmbito da companhia.

- o compartilhamento de malhas entre as futuras operadoras, a fim de evitar solução de continuidade na prestação dos serviços e até que tenham sido emitidas as licenças e autorizações necessárias que a cada concessionária desempenhe suas atividades, nos termos da legislação aplicável.

Aprovada a cisão da Transnordestina Logística S.A. pelos respectivos acionistas controladores e observadas as exigências de participação acionária estabelecidas pela Resolução ANTT 4.042/2013, surgiram duas novas empresas: a Ferrovia Transnordestina Logística S/A (FTL), responsável pela operação da Malha I, com a modificação implementada em 22/1/2014 pelo 2º Termo Aditivo ao contrato de concessão (acréscimo do trecho Propriá a Jorge Lins; peça 102); e TLSA, responsável pela construção e a operação da Malha II.

Em 22 de janeiro de 2014, foi celebrado novo contrato de concessão entre a União e a Transnordestina Logística S.A. (peça 92), tendo por objeto a concessão para exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga da Malha Nordeste nos trechos Missão Velha – Salgueiro, Salgueiro – Trindade, Trindade – Eliseu Martins, Salgueiro – Porto de Suape e Missão Velha – Porto de Pecém. O prazo da avença, prevista inicialmente para vigorar até 31 de dezembro de 2027, é prorrogada pelo instrumento por mais 30 anos, até 31 de dezembro de 2057, devendo a Concedente declarar extinta a concessão caso seja alcançado o retorno sobre Capital Próprio Investido pela Concessionária, especificado na Cláusula Terceira do ajuste.

A legalidade das Resoluções 4.041/2013 e 4.042/2013 da ANTT, do 1º e do 2º Termos Aditivos ao contrato de concessão original da Malha Nordeste e do novo contrato de concessão firmado com a TLSA (Malha II) é objeto de apreciação da representação autuada TC 012.179/2016-7, também de minha relatoria.

Ao avaliar estrutura de governança do financiamento e construção da ferrovia Nova Transnordestina (Malha II), o Tribunal, por meio do Acórdão 1.408/2017-Plenário (Relatório de Auditoria, TC 021.573/2016-6), entendeu que o financiamento do empreendimento foi essencialmente público, dada a absoluta prevalência de recursos do Erário vertidos tanto no capital próprio como no capital de terceiros da nova concessionária da Malha II, TLSA. Tal aporte massivo de recursos públicos foi operacionalizado por diversos arranjos societários com a participação de fundos de investimentos públicos (FINOR, FDNE, FNE), bancos estatais e empresa pública. Não obstante a majoritária inversão de recursos públicos, era patente a assimetria de informações e controles em desfavor de acionistas e financiadores públicos.

É nesse cenário que o novo acordo de ajuste de conduta, firmado entre a ANTT e a Transnordestina Logística S.A. em 20/09/2013, emerge como forma de corrigir irregularidades e pendências verificadas na operação da antiga Malha Nordeste e apuradas em diversos processos administrativos, incluindo aqueles resultantes do frustrado TAC anterior. Tal procedimento buscou evitar óbices jurídicos à operação de cisão do objeto da concessão e transferência dos serviços delegados aos novos concessionários.

Além da adoção de medidas para a recuperação da malha original, foram estipuladas no novo TAC: metas de produção e de acidentes para o quinquênio 2013/2017; obrigatoriedade da concessionária observar a regulamentação acerca da comunicação de acidentes; renúncia da TLSA a qualquer direito relacionado à impugnação a quaisquer dos processos administrativos descritos no termo, à exceção do processo 50500.066688/2011-99, cujo objeto era o recolhimento a menor de valores devidos à União a título de receita alternativa. O ajuste estabeleceu, ainda, que os demais processos administrativos de apuração de responsabilidade ficariam suspensos.

O termo de ajustamento previu, também, que a TLSA deveria promover o pagamento parcelado, em 60 meses, das sanções pecuniárias correspondentes às infrações apuradas nos referidos processos administrativos, no valor total de R\$ 10.275.458,28, que seria posteriormente corrigido em função do resultado da apreciação do processo 50500.066688/2011-99. Consignou-se, por fim, que o parcelamento das multas representava confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a inscrição do crédito no Cadin e na dívida ativa.

Não obstante haver certa evolução nos termos do acordo, sobretudo quanto à renúncia da concessionária compromitente a eventuais contestações administrativas e judiciais em processos de aplicação de penalidades, ainda assim, o novo TAC ostenta fragilidades que denunciavam excessiva permissividade da Agência reguladora em favor da TLSA e em detrimento do interesse público, como exemplificada nas seguintes condições:

a) desativação ou devolução da Linha Tronco Sul Recife, da Linha Tronco Centro Recife, da Linha Tronco Sul Fortaleza e do Ramal do Crato, todas da antiga malha nordeste;

b) postergação da recuperação da malha original a evento futuro e incerto, porquanto remete a execução dessas melhorias a prazo de 24 meses após início da operação do Tramo I (Eliseu Martins – Trindade – Salgueiro – Suape) e do Tramo II (Salgueiro – Missão Velha – Pecém), todos alusivos à Ferrovia Nova Transnordestina, ainda em fase de construção e inclusa no objeto da nova concessão firmado com a empresa Transnordestina Logística S.A.;

c) arquivamento indevido do processo administrativo 50500.118433/2013-81, instaurado em junho de 2013 para apuração das irregularidades relativas ao descumprimento de metas do ano de 2012, sob alegação de tratar-se de período de adaptação da malha objeto da concessão. Nos termos da Resolução ANTT 442/2004, referido processo deveria ter sido suspenso a partir da celebração do TAC e ser retomado em caso de descumprimento do ajuste. A própria agência reguladora reconheceu o equívoco desse procedimento e determinou o desarquivamento do aludido processo administrativo após confirmação de descumprimento do termo de ajuste de conduta pela concessionária;

d) irregularidades no parcelamento de multas, apurada no TC 010.453/2014-8:

d.1) parcelamento indevido de multas vencidas, as quais deveriam ter sido encaminhadas para inscrição em dívida ativa, contrariando a Portaria ANTT 156/2004, o art. 22 do Decreto-Lei 147/1967, e o artigo 1º, § 2º, da Resolução ANTT 3.561/2010;

d.2) ausência de autorização prévia e específica da Diretoria da ANTT para o parcelamento de multas em montante superior a R\$ 2 milhões de reais, em desacordo com os artigos 3º e 4º da Resolução ANTT 3.561/2010. Tal permissão somente foi emitida pela Diretoria da Agência em 1/8/2014, mediante Deliberação 195/2014 (peça 107, pág. 74, do TC 010.453/2014-8);

e) previsão de instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação de penalidades ou prosseguimento de processos anteriormente suspensos, caso a concessionária venha a descumprir as obrigações assumidas no TAC.

Como já antecipavam as próprias fragilidades do acordo, o compromisso de ajustamento de conduta firmado em 20/9/2013 também foi descumprido pela empresa concessionária Ferrovia Transnordestina Logística S/A (FTL), a qual sucedeu a TLSA na exploração da Malha I. A própria ANTT reconheceu a não efetividade do acordo por ela celebrado, razão pela qual determinou a retomada dos processos administrativos de apuração de responsabilidade e aplicação de sanções que haviam sido sobrestados, bem como retomado o procedimento administrativo 50500.027190/2012-91, que poderá conduzir à declaração de caducidade da concessão. Mesmo assim, a Agência reguladora manteve o pagamento parcelado das multas (peça 66).

Lamentavelmente, a conclusão a que se chega da avaliação dos termos de ajustamento de conduta, celebrados entre a Agência Nacional de Transportes Terrestre e as concessionárias que atuaram na Malha Nordeste e da Ferrovia Transnordestina, é a de **total fracasso da utilização desses acordos**, substitutivos ao processo sancionatório, em promover a regularização e a melhoria da qualidade da prestação dos serviços públicos concedidos.

Sob qualquer prisma que se possa olhar, foram baldados os esforços empreendidos pela Agência no aprimoramento dos serviços delegados pois: não houve elisão das pendências relativas ao descumprimento das obrigações contratuais e da legislação regulatória, apontadas em processos administrativos de apuração de responsabilidade; foram descumpridas praticamente todas as metas de produção e de redução de acidentes; não foram realizados investimentos em infraestrutura e superestrutura de trechos ferroviárias que se encontravam inoperantes, tampouco a recuperação de material rodante; deixaram de ser pagas multas vencidas e indevidamente parceladas.

Contribuiu para o insucesso desses acordos alternativos a postura leniente da Agência reguladora em não prever, em norma regulamentadora, medidas mais constritivas que assegurassem o pleno cumprimento dos acordos substitutivos, em prol da melhoria da prestação dos serviços públicos concedidos. Ao revés, o que se percebe é que os TAC's, da forma como foram elaborados, serviram muito mais aos propósitos da concessionária, em perpetrar a contumácia no descumprimento de obrigações do contrato e da legislação regulatória, adiando a conclusão dos respectivos processos administrativos de apuração de responsabilidade e de aplicação de penas, sem quaisquer consequências jurídicas mais gravosas se comparadas à situação anterior à celebração do acordo.

Muito embora a norma regulamentadora que lastreou a celebração dos referidos termos de ajustamento de conduta (artigos 16 a

18, da Resolução ANTT 442/2004) tenha sido editada dentro das competências deferidas à Agência Nacional de Transportes Terrestres pelos artigos 20 a 24 da Lei 10.233/2001, ainda assim, ressoante-se de lacunas que a tornam mera recomendação ao concessionário para correção de pendências, destituída qualquer conseqüência jurídica que a torne eficaz e efetiva ao interesse público atinente à regular prestação do serviço público concedido.

Não foram estipuladas sanções adicionais que inibissem o descumprimento do termo de ajustamento de conduta. Como consequência do inadimplemento do compromisso, o parágrafo 2º do artigo 18 da Resolução ANTT 442/2004 prescreveu, apenas, a instauração de processo administrativo para apuração de responsabilidade e aplicação de penalidade, ou mesmo seu prosseguimento se anteriormente instaurado. A mesma deficiência foi claramente identificada na Resolução ANTT 5.083/2016, a qual sucedeu a Resolução ANTT 442/2004, embora o novo ato normativo contemple a possibilidade de o TAC prever penalidades específicas para a hipótese de inadimplemento por parte da concessionária.

À época da edição desses atos normativos, dispunha a Agência reguladora da possibilidade de utilizar o parágrafo 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) como fundamento para conferir eficácia de título executivo extrajudicial aos termos de ajustamento de conduta que a autarquia viesse a celebrar. Tal procedimento foi, aliás, amplamente adotado pelas demais agências reguladoras, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Resoluções Normativas 63/2004 e 333/2008), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Resolução 3.259/2014) e da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Resolução 199/2011).

A falta dessa previsão normativa e os sucessivos fracassos dos acordos analisados nestes autos foram reconhecidos pela Agência Nacional de Transportes Terrestre, ao colocar em Audiência Pública ANTT 10/2017 (peças 89/91) nova minuta de resolução que irá regulamentar a celebração e o acompanhamento de termo de ajuste de conduta.

A proposta de regulamentação contempla, em seus *consideranda*, expressa vinculação do acordo alternativo à eficácia de título executivo extrajudicial prevista no artigo 5º da Lei 7.347, de 24 de junho de 1985. Caso venha a ser aprovada, a norma regulamentadora muito contribuirá para o aprimoramento dos futuros acordos de ajuste de conduta a serem firmados pela Agência.

Outro aspecto que concorreu para a absoluta ineficácia e a falta de efetividade dos acordos firmados pela ANTT, no âmbito da Malha Nordeste e da Ferrovia Transnordestina, refere-se à não previsão de obrigações extraordinárias capazes compensar os reiterados descumprimentos de obrigações do contrato de concessão e da legislação regulatória. Os acordos substitutivos nada mais dispuseram que a elisão de pendências relativa às obrigações ordinárias do contrato, a reincidência do concessionário no cometimento de irregularidades e não contribuem para melhoria dos serviços delegados.

Da mesma forma, a Resolução ANTT 442/2004, diferentemente da Resolução ANTT 152/2003, não estabeleceu prazo para que a concessionária ajustasse sua conduta às obrigações contratuais. Nos acordos analisados, não foram estipulados marcos temporais precisos para grande parte dos compromissos, o que gera insegurança e incerteza quanto à sua efetividade.

Considerando que as lacunas normativas apontadas nestes autos podem engendrar futuros acordos substitutivos, com as mesmas fragilidades e vícios, determino à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que se abstenha de celebrar Termos de Ajuste de Conduta (TACs) que não prevejam medidas compensatórias para as infrações praticadas e apenas estipulem, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a adoção das providências necessárias à instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, porquanto referida cominação não é capaz de compelir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, em desprezo aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público.

Do ponto de vista material, ao contrário do que sustenta o representante, não se pode afirmar que os termos de ajuste de condutas firmados entre a ANTT e as concessionárias de transporte ferroviário no âmbito da Malha Nordeste tenham desvirtuado o objeto da concessão e frustrado o certame licitatório pela alteração das metas iniciais de produção e de redução de acidentes estabelecidas no contrato original. Consoante exposto neste voto, as cláusulas 5.1 e 5.2 do contrato de concessão fixaram metas de produção e de segurança para os primeiros cinco anos de vigência do ajuste contratual. Para os demais quinquênios subsequentes, previu o ajuste contratual que as novas metas sejam pactuadas entre o poder concedente e a concessionária.

Ocorre que, mesmo considerando a possibilidade contratual de Agência reguladora e concessionárias ajustarem novas metas de produção e de redução de acidentes para os quinquênios subsequentes ao período inicialmente avençado, tal flexibilidade não se traduziu em melhoria do serviço público de transporte ferroviário de cargas na malha nordeste.

O que se percebe é que as referidas metas de produção e de acidentes, mesmo tendo sido afrouxadas pela Agência reguladora nos acordos substitutivos e nas sucessivas resoluções da Agência, continuaram a ser majoritariamente descumpridas, como se observa nos gráficos de desempenho transcritos no relatório antecedente.

Esse resultado contraria a própria lógica da delegação de serviços públicos a terceiros por intermédio da concessão que tem, entre seus primados, o aprimoramento da qualidade dos serviços concedidos em benefício do usuário, por conta e risco do agente delegado. No caso da Malha Nordeste, passados mais 15 anos da outorga do objeto da concessão, o que se observa é redução sensível das metas de desempenho da concessionária e um definhamento dos serviços públicos de transporte ferroviário de cargas. Para se ter ideia, a extensão da malha em que opera a concessionária foi reduzida de 4.238 km de ferrovias, no início da concessão, para apenas 1.190 km. Os serviços que deveriam ser prestados em sete estados da região nordeste passaram a funcionar, atualmente, somente nos estados do Ceará, do Piauí e do Maranhão.

Concordo com o Ministério Público de Contas no sentido de que a frustração dos acordos substitutivos não pode ser creditada exclusivamente às limitações normativas verificada na regulamentação das TAC's pela ANTT. Afinal, dispunha a Agência reguladora da faculdade de firmar ou não os termos de ajuste de conduta, desde que devidamente justificado o interesse público primário. Tal finalidade não foi privilegiada pela autarquia federal, sobretudo por ocasião da celebração do TAC de 20/9/2013. À época, já sabiam os gestores responsáveis pela ANTT que a concessionária Companhia Ferroviária do Nordeste, posteriormente sucedida pela Transnordestina Logística S/A, não havia cumprido o acordo anterior, firmado em 27/7/2005, e muito provavelmente não conseguiria honrar os compromissos em novo ajuste de conduta.

Tanto foi assim que, não somente foram descumpridas as metas de produção pactuadas no TAC de 27/7/2005, para o quinquênio 2005/2009, como também as metas de produção ajustadas e aprovadas pelas Resoluções ANTT 3.550/2010, 3.712/2011 e 3.843/2012, respectivamente para os anos de 2010, 2011 e 2012 (processos administrativos 50500.033721/2011-02, 50500.066698/2012-13 e 50500.118433/2013-81).

Embora não fosse recomendável a celebração de novo acordo, ante os riscos apontados, mesmo assim a Agência sobrestou o processo de caducidade e firmou, em 2013, termo de ajuste de conduta que contempla parcelamento de multas já transitadas em julgado administrativo, obrigações por prazo incerto e dependente da implantação da Malha II (Nova Transnordestina), desativação injustificada de linhas e ramais.

Todos esses fatos irregulares remetem à devida apuração da responsabilidade dos agentes responsáveis da ANTT pela celebração dos referidos acordos mediante chamamento aos autos para apresentação de razões de justificativa acerca das condutas descritas pelo Ministério Público no relatório antecedente.

Feitas essas considerações, acolho a proposta do *Parquet* especializado e voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de novembro de 2017.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

ACÓRDÃO Nº 2533/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 019.494/2014-9.
 - 1.1. Apenso: 026.045/2015-0
2. Grupo II – Classe de Assunto VII: Representação
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessados: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (37.115.342/0001-67); Transnordestina Logística S.a. (02.281.836/0001-37).
 4. Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres.
 5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
 6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
 7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPor).
 8. Representação legal:
 - 8.1. João Luiz Noronha da Jornada e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres.
 - 8.2. André Luis Garoni de Oliveira (15.786/OAB-DF), Filipe da Silveira Moreira (34.489/DF) e Juliana Faria Santiago (53.089/DF), representando Transnordestina Logística S.A..
 - 8.3. Augusto Cesar Carvalho Barbosa de Souza, representando Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo contra possíveis irregularidades verificadas na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TAC's) entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas, no âmbito da Malha Nordeste.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer da representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
- 9.2. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que se abstenha de assinar Termos de Ajuste de Conduta (TACs) que não prevejam medidas compensatórias para as infrações praticadas e apenas contenham, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis, ou ao seu prosseguimento, se anteriormente

instaurado, uma vez que tal cominação não é capaz de compelir, como visto, os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, em afronta aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público;

9.3. com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que dê continuidade ao processo de elaboração da nova resolução que regulamentará a celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TACs) no âmbito da agência (objeto da Audiência Pública ANTT 10/2017), a fim de estabelecer critérios mais rigorosos para celebração dos referidos acordos substitutivos a dotá-los de efetividade, por meio da inclusão, nos instrumentos dos ajustes, de cominações para o caso de descumprimento das obrigações pactuadas, com eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, e em atendimento aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público;

9.4. com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 38, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso II, e 231 do Regimento Interno do TCU e 17, inciso II, da Resolução TCU 215/2008, informar à Comissão Externa – Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (Cextrane) da Câmara dos Deputados, em referência à alínea “d” do Requerimento 16/2016, objeto do Ofício Pres. 19/2016 (CD), de 27/4/2016, que:

9.4.1. a regulamentação dos termos de ajustamento de conduta promovidos pelos artigos 16 e 18 da Resolução ANTT 442/2004 (sucudida pela Resolução ANTT 5.083/2016), embora encontre amparo nas competências regulatórias contidas na Lei 10.233/2001, não teve o condão de garantir efetivo cumprimento das obrigações pactuadas nos Termos de Ajuste de Conduta (TACs) assinados com as concessionárias da Malha Nordeste, Companhia Ferroviária do Nordeste e Transnordestina Logística S.A., por falta de previsão de cominações para o caso de descumprimento de tais obrigações, com eficácia de título executivo extrajudicial;

9.4.2 os Termos de Ajuste de Conduta assinados em 27/7/2005 e 20/9/2013 com a Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN) e a Transnordestina Logística S.A (TLISA), respectivamente, apenas previam, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a abertura, ou o prosseguimento, dos processos administrativos, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis; em consequência, as obrigações estipuladas tiveram níveis baixos de cumprimento nos prazos estipulados;

9.4.3. o Termo de Ajuste de Conduta assinado com a Transnordestina Logística S.A. em 20/9/2013 apresentou as seguintes ocorrências, que serão objeto de audiência dos responsáveis no âmbito do TC 019.494/2014-9:

9.4.3.1. parcelamento de multas já constituídas (transitadas em julgado no âmbito administrativo), com possível violação aos arts. 1º, § 2º, e 4º da Resolução ANTT 3.561/2010;

9.4.3.2. ausência de estipulação de compensações (ex: novos investimentos, redução das tarifas ou pagamento de indenização) pelos reiterados descumprimentos contratuais ocorridos desde o início da vigência da concessão;

9.4.3.3. falta de exigibilidade das obrigações pactuadas (impossibilidade de execução judicial);

9.4.3.4. fixação de prazo incerto para a execução dos serviços de recuperação da malha original, pois dependente da entrada em operação da Ferrovia Nova Transnordestina;

9.4.3.5. previsão de desativação de trechos ferroviários, com redução da oferta do serviço público; e

9.4.3.6. desconsideração do ano de 2012 para fins de verificação do cumprimento de metas;

9.5. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres de que a celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) sem a demonstração da vantagem de sua assinatura para a Administração, em contraponto à regular aplicação das sanções administrativas ordinárias, identificada no caso dos Termos de Ajuste de Conduta de 27/7/2005 e 20/9/2013, firmados com a concessionária da Malha Nordeste, afronta os princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público, sendo, portanto, irregular;

9.6. encaminhar os autos à SeinfraPortoFerrovia para a continuidade das análises em relação aos demais Termos de Ajuste de Conduta firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, bem como para a promoção, em processo apartado, das seguintes audiências, instruindo o chamamento dos responsáveis com cópia das peças pertinentes do TC 010.453/2014-8:

9.6.1. do sr. Jean Mafra dos Reis, Superintendente de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas da ANTT, e dos membros da Diretoria da ANTT que aprovaram a Deliberação 37, de 22/2/2013, pela aprovação/celebração de Termo de Ajuste de Conduta com a concessionária Transnordestina Logística S.A em 20/9/2013, sem a devida demonstração do interesse público nessa celebração, considerando-se as seguintes ocorrências: parcelamento de multas já constituídas (transitadas em julgado no âmbito administrativo), com violação aos arts. 1º, § 2º, e 4º da Resolução ANTT 3.561/2010; inadimplência contumaz da concessionária e o seu péssimo desempenho, desde o início da concessão, inclusive com o descumprimento do TAC anteriormente celebrado (em 27/7/2005); ausência de estipulação de compensações pelos reiterados descumprimentos contratuais (ex: novos investimentos, redução das tarifas ou pagamento de indenização); falta de exigibilidade das obrigações pactuadas (impossibilidade de execução judicial); fixação de prazo incerto para a execução dos serviços de recuperação da malha original (dependente da entrada em operação da Ferrovia Nova Transnordestina); previsão de desativação de trechos ferroviários, com redução da oferta do serviço público; e desconsideração do ano de 2012 para verificação do cumprimento de metas;

9.6.2. da sra. Renata Batista Junqueira Nogueira, Superintendente de Marcos Regulatórios da ANTT, por ter sobrestado o processo de caducidade da concessionária (50500.027190/2012-91), à margem da devida fundamentação e por meio de decisão monocrática, conforme Despacho SUREG/ANTT firmado em 13/11/2012, quando deveria ter submetido sua proposta de sobrestamento do processo a comissão específica da autarquia, para deliberação colegiada, contrariando, assim, o disposto no art. 38, §3º, da Lei 8.987/1995 e nos arts. 25, 26 e 27 da Resolução ANTT 442/2004;

9.7. retirar deste processo os atributos definidos no art. 5º da Resolução TCU 215/2008;

9.8. dar ciência da deliberação ao Presidente da Câmara dos Deputados e à Comissão Externa – Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (CEXTRANE) da Câmara dos Deputados.

10. Ata nº 46/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 14/11/2017 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2533-46/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente) RAIMUNDO CARREIRO	(Assinado Eletronicamente) WALTON ALENCAR RODRIGUES
Presidente	Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral