

TC 019.494/2014-9

Apenso: TC 026.045/2015-0

Tipo: Representação

Unidade jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

Representante: Identidade preservada (art. 234, § 2º do RI/TCU)

Representado: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Procurador: Não há

Inte ressado em sustentação oral: Não há

Proposta: Conversão da Representação em Denúncia. Proposta de cautelar. Oitiva da ANTT.

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação feita por Auditor Federal de Controle Externo acerca de indícios de irregularidades encontrados em Termos de Ajuste de Conduta (TAC) celebrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no âmbito dos contratos de Concessão da Ferrovia Transnordestina.

2. Além disso, nos termos do Acórdão 2.820/2015-TCU-Plenário, foi apenso aos presentes autos o TC 026.045/2015-0, que trata de representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU), na pessoa do Exmo. Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, contra os TACs firmados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão de rodovias e ferrovias, com **proposta de medida cautelar**.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

4. Constata-se que a peça exordial não foi apresentada por unidade técnica do Tribunal e nem foi proposta por equipe de inspeção ou de auditoria, tampouco por qualquer dos legitimados para representar a esta Corte de Contas, não preenchendo o requisito de legitimidade previsto no art. 237 do RI/TCU. O autor da peça não demonstrou que tomou conhecimento das irregularidades apontadas em razão do cargo que ocupa, não sendo possível, portanto, legitimá-lo com fundamento no inciso III do mencionado artigo do Regimento Interno.

5. Todavia, qualquer cidadão possui legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal, consoante disposto no art. 234 do RI/TCU. Além disso, a peça acusatória preenche os requisitos de admissibilidade de denúncia, constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU.

6. Dessa forma, a presente representação deverá ser conhecida como denúncia e ser apurada em caráter sigiloso, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, do Regimento Interno do TCU. Assim, será proposta ao final da presente instrução o recebimento da presente representação como denúncia. Destaque-se, ainda, que o representante será tratado ao longo dessa instrução como “denunciante”.

EXAME SUMÁRIO

7. Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, nos termos acima mencionados, impõe-se destacar, consoante prevê o art. 106 e 109 da Resolução TCU 259/2014 e os itens 5 a 7 do Memorando Circular Segecex 27/2014, que o objeto da presente denúncia apresenta alto risco de impactar os objetivos da ANTT, notadamente quanto ao seu dever de regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes e fazer cumprir os deveres legais e as obrigações contratuais relativas aos contratos de concessão geridos pela agência.

8. Com efeito, conforme será visto adiante, a celebração de TAC pela agência no contrato da concessão da ferrovia transnordestina pode acarretar na falta de adequada penalização dos agentes ou responsáveis por irregularidades, pendências e descumprimento de obrigações contratuais relevantes, bem como o não recolhimento de multas e alterações contratuais significativas sem o devido respeito ao processo de licitação.

9. Ressalte-se ainda que o objeto da presente denúncia apresenta alta materialidade. Os TACs firmados pela agência no contrato da ferrovia em questão envolvem o pagamento de multas da ordem de R\$ 10 milhões (dez milhões de reais), consoante é destacado no Termo de Ajuste de Conduta celebrado entre a ANTT e a Transnordestina Logística S.A. (peça 3), que será adiante tratado pormenorizadamente.

10. Por fim, o assunto então tratado nesta denúncia apresenta ainda alta relevância, já que a eventual ilegalidade da prática denunciada, caso confirmada, pode impactar diretamente a qualidade da prestação dos serviços contratados, gerando ainda impunidades para os infratores, e podendo também acarretar em desequilíbrios contratuais significativos.

EXAME TÉCNICO

Argumentos apresentados pelo denunciante

11. Inicialmente, o denunciante discorre acerca do fundamento legal e da natureza jurídica do instrumento denominado Termo de Ajuste de Conduta (TAC), bem como das irregularidades contidas no TAC celebrado pela ANTT no contrato de concessão da ferrovia transnordestina, destacando, em breve síntese, que:

- a) o fundamento legal do TAC é dado pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, a qual disciplina a Ação Civil Pública (ACP) de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências;
- b) a natureza jurídica do TAC consiste em uma solução negociada para conflitos nos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, protegidos pela Lei da Ação Civil Pública, visando preservar o interesse público e social, com a possibilidade de reparação do dano causado de forma rápida, eis que o causador do dano assume a obrigação de adequar sua conduta às exigências legais, sob pena de aplicação de sanções fixadas no próprio TAC;
- c) a matéria tratada na Resolução 442/2004 da ANTT não é a proteção de qualquer interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, mas apenas a preservação dos direitos contratuais da ANTT, em relação aos contratados, ou seja, não é matéria passível de ser tratada em ACP e, portanto, não é matéria passível de ser tratada em TAC;
- d) no âmbito da ANTT, o TAC já nasceu nulo, uma vez que a Lei da Ação Civil Pública não autoriza os legitimados a realizarem ajustes a fim de corrigir pendências, irregularidades ou infrações em contratos celebrados com os próprios legitimados; e
- e) os TAC celebrados na concessão da ferrovia transnordestina são ilegais quanto ao seu

conteúdo, pois repactua metas contratuais, promovendo alterações no objeto licitado, sempre em favor da contratada descumpridora do contrato.

12. Acerca do fundamento legal do TAC, o denunciante entende que a Lei 7.347/85 prevê, em seu art. 5º, § 6º, que os órgãos públicos legitimados (Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; ou associação que cumpra os requisitos especificados naquela norma) poderão tomar dos interessados compromisso de ajuste de sua conduta às exigências legais, mediante cominações que terão eficácia de título executivo extrajudicial. A possibilidade de lavratura do TAC, portanto, decorreria, segundo o denunciante, do interesse público e social em afastar, de maneira célere, possíveis danos irreparáveis ou de difícil reparação a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, enquanto se processa a Ação Civil Pública correspondente.

13. Sobre a natureza jurídica do instrumento sob exame, o denunciante salienta que a negociação em torno do ajuste de conduta e que resulta no TAC é feita em um processo administrativo preparatório para a ACP ou na própria ACP. Tal negociação seria um meio de se obter um título executivo que somente seria obtido ao final (na sentença) da ACP. Por isso, da mesma forma que o interesse público é condição para a ACP, também é condição para a formação e continuidade do processo administrativo e para a formalização do TAC. Por outro lado, se a Administração já tem um título executivo, não deve possuir interesse na ação e, conseqüentemente, não tem interesse no TAC.

14. Em síntese, para o denunciante, o TAC pode ser celebrado pelos legitimados para a propositura da ACP, desde que trate das matérias possíveis de serem tratadas em sede desta ação judicial, de modo que a ANTT apenas teria legitimidade para propor a celebração de TAC aos responsáveis por danos a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais seriam alcançáveis por Ação Civil Pública. Destaca, todavia, que não é o que vem ocorrendo no âmbito daquela agência uma vez que os termos que vêm sendo celebrados são, na verdade, alterações contratuais com abrangência ilegal, alcançando até mesmo penalidades já cominadas, sem guardar qualquer relação com aquelas matérias tratadas na Lei da Ação Civil Pública.

15. O denunciante ressalta a existência da Resolução 442/2004 da ANTT, que traz em seu preâmbulo a seguinte descrição da matéria tratada naquele normativo: “Aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da Agência, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização”.

16. Em seu art. 16, a Resolução 442/2004 da ANTT preveria o fundamento para celebração de TAC no âmbito da agência, estabelecendo o seguinte: “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, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC)”.

17. Ressalta ainda que no § 2º do seu art. 8º, aquela resolução estabelece “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”.

18. Em virtude dos dispositivos normativos contidos na Resolução acima mencionada, o denunciante aduz que o TAC no âmbito da ANTT não visa à proteção de qualquer interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, mas apenas à preservação dos direitos contratuais da ANTT, em relação aos contratados, ou seja, não é matéria passível de ser tratada em ACP e, portanto, não é matéria passível de ser tratada em TAC. Defende que o TAC, no âmbito da ANTT, já nasceu nulo, uma vez que a Lei da Ação Civil Pública não autoriza os legitimados a realizarem ajustes a fim de

corrigir pendências, irregularidades ou infrações em contratos celebrados com os próprios legitimados.

19. Adicionalmente, aduz o denunciante que para fins de correção de irregularidades em contratos celebrados pela agência, existe a regulamentação dos contratos administrativos, onde se prevê, ordinariamente, a cominação de penalidades aos responsáveis pela inexecução total ou parcial dos contratos de direito público, bem como que o TAC tratado na Lei da Ação Civil Pública, é título executivo extrajudicial enquanto o pretense TAC da ANTT, se não cumprido, será objeto de apuração ordinária em processo administrativo.

20. Pelo exposto, o denunciante entende que por meio da Resolução 442/2004, a ANTT extrapolou seus poderes e inovou no Direito, criando poderes não outorgados por lei, ao lhe conferir a faculdade de não aplicar as penas previstas em contrato, propondo, em seu lugar, um pretense ajuste de conduta que não encontra suporte em qualquer lei de nosso país.

21. Destaca ainda que uma vez celebrado o contrato de concessão, não há possibilidade legal de uma nova negociação entre a ANTT e a concessionária pelo mero descumprimento contratual por parte desta, pois os termos contratuais devem ser cumpridos, a não ser no caso de algum vício oculto no próprio contrato, o que exige não somente sua alegação, mas sua obrigatória comprovação. Não cabe à ANTT transacionar os termos de contratos, os quais são decorrentes de licitações.

22. Ainda em relação ao fundamento normativo do TAC no âmbito da ANTT, destaca que as ilegalidades não se limitam à resolução criadora do pretense TAC, pois os termos efetivamente celebrados foram muito além das ilegalidades da resolução, promovendo até mesmo alterações nos termos do contrato original, pactuando novas metas de desempenho e descaracterizando o objeto anterior.

23. Denuncia, também, que há notícia de que foram celebrados termos de ajuste de conduta pela ANTT não apenas no âmbito da Ferrovia Transnordestina, mas também em concessões de rodovias, como em oito TAC com diversas concessionárias de rodovias, incluindo as rodovias BR-116, BR-101, BR-381 e BR-153, entre outras.

24. No que se refere especificamente ao contrato de concessão da Ferrovia Transnordestina, salienta o denunciante que na Fiscalização 218/2014, realizada no âmbito do TC 010.453/2014-8, foi verificado pela equipe de auditoria que:

a) a ANTT utilizou o TAC firmado em 20/9/2013 com a Transnordestina Logística S.A. para fazer o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade ao processo administrativo regular de cobrança da multa. O referido instrumento (peça 3) 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;

b) até o momento da realização da fiscalização não houve 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;

c) nos 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; e

d) no TAC 50500.003081/2003-98 houve o parcelamento de multas ainda que já passados

mais de 10 (dez) anos do fato ocorrido, não sendo estas irregularidades objeto de encaminhamento na presente denúncia, uma vez que as irregularidades acima citadas já estão sendo tratadas no âmbito do TC 010.453/2014-8.

25. Foi também destacado que os TAC firmados não possuem previsão expressa de penalidades em caso de não cumprimento, havendo apenas a genérica previsão de abertura de processo administrativo para apurar fatos e aplicar as penalidades cabíveis.

26. No que se refere ao TAC celebrado pela ANTT com a CFN - Companhia Ferroviária do Nordeste (peça 4), após a identificação do descumprimento dos termos contratuais, foi concedido novo prazo de 48 meses para a correção das irregularidades, conforme o item 2.1.3.1 daquele TAC. No item 2.1.3.3, menciona que sequer houve compromisso de fazer coisa certa com prazo certo, mas apenas foi assinalado um prazo para que a concessionária apresentasse proposta de solução para os problemas constatados (isto é, o termo firmado não tem por objeto o ajuste da conduta da CFN às exigências legais, como exigido no art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, mas limita-se ao compromisso de apresentar uma proposta de ajuste de conduta).

27. No item 2.3 daquele TAC houve a alteração das metas anteriormente contratadas por meio de licitação, o que é prática ilegal. Uma vez descumpridas as metas, caberia a apuração e punição dos responsáveis e não a sua repactuação sem qualquer elemento que comprove erro nas metas inicialmente pactuadas.

28. Destaca que uma vez que a concessionária vinha descumprindo dispositivos, postergou manutenção e investimentos e permanecia na prática das irregularidades, era cabível a execução da multa já aplicada, a aplicação de novas sanções ou até mesmo a ruptura do contrato motivada pelos descumprimentos reiterados dos termos contratuais por parte da concessionária.

29. Por outro lado, o denunciante aduz que a situação do TAC celebrado com a Transnordestina Logística S.A. (peça 3) também é danosa ao interesse público, que já em sua parte preambular traz a informação de que a concessionária havia descumprido, reiteradamente, as metas de produção e de acidente, entre outras obrigações contratuais.

30. Nesse outro TAC, a solução da ANTT foi celebrar novas metas contratuais, inferiores às estabelecidas em contrato e expressamente desconsiderou o ano de 2012 para fins de cumprimento de metas, por tratá-lo como ano de adaptação do regime de aproveitamento da malha objeto de concessão, sem que fosse considerado o seu impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato como um todo.

31. A ANTT, assim, teria tratado o contrato de concessão como se fosse um contrato privado entre particulares, que pode ser alterado ao arbítrio dos agentes. Segundo o denunciante, a agência não cumpriu as normas cabíveis à gestão pública, que não permitem que as partes livremente repactuem contratos que foram objeto de licitação.

32. No caso concreto, o conflito de interesses entre as partes foi resolvido pela ANTT por meio da renúncia de direitos. Ocorre que, essa renúncia de direitos somente é possível em se tratando de direitos disponíveis. No entanto, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não é disponível para a Administração Pública, em função de sua obrigação indisponível de zelar pela modicidade da tarifa (um dos objetivos da existência da ANTT, conforme art. 20, inciso II, alínea "a", da Lei 10.233, de 05 de junho de 2001).

33. Entende o denunciante que não pode a ANTT renunciar ao cumprimento de metas sem que isso se reflita na aplicação da sanção prevista no contrato. Diante do reiterado descumprimento do contrato por parte da CFN e por parte da Transnordestina Logística S.A, em lugar de aplicar as sanções cabíveis e, caso fosse a solução adequada, rescindir o contrato, a ANTT promoveu a repactuação das metas e concedeu novos prazos para o cumprimento daquilo que era objeto de contrato decorrente de licitação.

34. Observa o denunciante que os TAC são ilegais quanto ao seu conteúdo, pois repactua metas contratuais, promovendo alterações no objeto licitado, sempre em favor da contratada descumpridora do contrato.

35. Tal situação demandaria, segundo o denunciante, a declaração de nulidade dos TAC firmados, com a necessária execução do contrato em seus termos originais, tendo proposto, preliminarmente, a oitiva da ANTT acerca dessa irregularidade.

36. O afastamento das metas contratuais e da pretensão punitiva do estado causou, em tese, dano ao erário, por deixar-se de recolher as multas cabíveis pela continuidade do descumprimento das metas. Tal fato motivaria a instauração de Tomada de Contas Especiais (TCE) com imputação de débito aos responsáveis, motivo pelo qual deixa-se de propor a audiência dos responsáveis, no presente momento, indicando para momento futuro a abertura de contraditório, já na fase de TCE, a fim de evitar-se a possibilidade de dupla punição pela mesma infração.

37. Por fim, destaca o denunciante que a redução de metas provocou alterações nas equações de equilíbrio das avenças pactuadas, não tendo sido possível aos demais licitantes do procedimento licitatório original apresentar suas propostas para estas novas realidades, pois são acordos ilegais, pós-contratuais. Os objetos licitados foram desprezados e o objeto hoje executados são outros, havendo fuga à licitação por descaracterização dos objetos anteriormente licitados, propondo-se, como medida preliminar, a oitiva da ANTT acerca da descaracterização do objeto anteriormente licitado ocasionada pelas alterações contratuais promovidas pelos TAC celebrados.

38. Ao abandonar a pena aplicada e ao deixar de aplicar a pena cabível, a ANTT deseduca o mercado e a sociedade, não só gerando impunidade para o infrator, que já consumou o ato, mas gerando também perspectiva de lucro ilícito para aqueles que desejarem infringir as normas, fazendo com que o TAC celebrados seja um agente promotor de um mercado desequilibrado e anômalo, diante de distorções promovidas pelo próprio poder público, propondo-se, por isso também a oitiva da ANTT.

39. Por fim, destaca que há indícios de prática e atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública, motivo pelo qual propõe-se a comunicação dos fatos ao MPF.

Análise da SeinfraHidroFerrovia

40. Por todo o exposto, denota-se a gravidade dos indícios de irregularidades denunciadas, uma vez que, caso confirmados, poderão resultar na falta de adequada penalização dos agentes ou responsáveis por irregularidades, pendências e descumprimento de obrigações contratuais em contratos de concessão geridos pela ANTT, bem como no não recolhimento de multas e alterações contratuais significativas sem o devido respeito ao processo de licitação.

41. Tendo em vista que a questão central a ser enfrentada diz respeito aos fundamentos legais para a celebração de TAC no âmbito da ANTT e dos limites legalmente aplicáveis ao seu conteúdo, deve-se aprofundar os exatos fundamentos legais e constitucionais que permeiam a Resolução 442/2004 da ANTT, bem como os que têm sido empregados pelos gestores como embasamento para as pactuações havidas no âmbito dos TACs tratados na presente denúncia.

42. Para tanto, faz-se necessário obter informações junto à Agência quanto à justificação legal e técnica para a celebração dos referidos ajustes.

TC 026.045/2015-0 (APENSO)

43. Importante ressaltar que, por conduto do Acórdão 2.820/2015-TCU-Plenário, de 4/11/2015, foi apenso aos presentes autos o TC 026.045/2015-0, que trata de representação formulada pelo Ministério Público de Contas (MPTCU), na pessoa do Exmo. Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, **contra os TACs firmados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão de rodovias**

e ferrovias. Ou seja, o objeto daquela representação guarda conexão com a presente denúncia, contudo, é mais amplo, já que trata de todos os TACs dos setores rodoviário e ferroviário.

44. Frise-se que a representação apensada propõe medida cautelar para que a ANTT se abstenha de celebrar novos TACs com concessionárias de ferrovias e rodovias federais, com fundamento no que prescreve a Resolução ANTT 442/2004, e com o objetivo de solucionar as pendências verificadas no curso de fiscalização dos respectivos contratos de concessão, até que o Tribunal se pronuncie em definitivo sobre a licitude de ajustes dessa natureza. Além disso, propõe que a Agência seja ouvida em sede de oitiva para que se manifeste sobre as possíveis irregularidades.

45. Previamente ao apensamento, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (SeinfraRodovias) analisou a representação conforme instrução de peça 4. Referida Unidade Técnica concluiu pela admissibilidade da mesma, pela existência da fumaça do bom direito e do perigo da demora, bem como pela inexistência do perigo da demora reverso (peça 4, p. 7), propondo a medida cautelar e a oitiva pleiteada pelo representante.

46. Concordamos, por suas próprias razões, com as conclusões a que chegou a SeinfraRodovias na referida instrução e, devido à similitude dos objetos e da maior amplitude do escopo daquela representação, somos pelo seguimento da proposta de encaminhamento quanto à adoção de medida cautelar e realização de oitiva da ANTT nos termos lá propostos (peça 4, p. 8).

CONCLUSÃO

47. A presente denúncia trata de indícios de irregularidades encontrados em Termos de Ajuste de Conduta (TAC) celebrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no âmbito dos contratos de concessão da ferrovia Transnordestina.

48. Em breve síntese, o denunciante sustenta o seguinte:

a) o fundamento legal do TAC é dado pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, a qual disciplina a Ação Civil Pública (ACP) de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências;

b) a natureza jurídica do TAC consiste em uma solução negociada para conflitos nos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, protegidos pela Lei da Ação Civil Pública, visando preservar o interesse público e social, com a possibilidade de reparação do dano causado de forma rápida, eis que o causador do dano assume a obrigação de adequar sua conduta às exigências legais, sob pena de aplicação de sanções fixadas no próprio TAC;

c) a matéria tratada na Resolução 442/2004 da ANTT não é a proteção de qualquer interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, mas apenas a preservação dos direitos contratuais da ANTT, em relação aos contratados, ou seja, não é matéria passível de ser tratada em ACP e, portanto, não é matéria passível de ser tratada em TAC;

d) no âmbito da ANTT, o TAC já nasceu nulo, uma vez que a Lei da Ação Civil Pública não autoriza os legitimados a realizarem ajustes a fim de corrigir pendências, irregularidades ou infrações em contratos celebrados com os próprios legitimados; e

e) os TAC celebrados na concessão da Ferrovia Transnordestina são ilegais quanto ao seu conteúdo, pois repactuam metas contratuais, promovendo alterações no objeto licitado, sempre em favor da contratada descumpridora do contrato.

49. Por fim, destaca o denunciante que a redução de metas provocou alterações nas equações de equilíbrio das avenças pactuadas, não tendo sido possível aos demais licitantes do procedimento licitatório original apresentarem suas propostas para estas novas realidades, pois são acordos ilegais,

pós-contratuais. Com a utilização do TAC, a ANTT deseduca o mercado e a sociedade, não só gerando impunidade para o infrator, que já consumou o ato, mas gerando também perspectiva de lucro ilícito para aqueles que desejarem infringir as normas. Sustenta-se que há indícios de prática e atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública, motivo pelo qual propõe-se a comunicação dos fatos ao MPF.

50. A gravidade dos indícios de irregularidades denunciadas é patente. Caso confirmados, poderão resultar na falta de adequada penalização dos agentes ou responsáveis por irregularidades, pendências e descumprimento de obrigações contratuais em contratos de concessão geridos pela ANTT, bem como no não recolhimento de multas e alterações contratuais significativas sem o devido respeito ao processo de licitação.

51. No entanto, faz-se necessário aprofundar os exatos fundamentos legais e constitucionais que permeiam a Resolução 442/2004 da ANTT, bem como os que têm sido empregados pelos gestores como embasamento para as pactuações havidas no âmbito dos TAC firmados na concessão da Ferrovia Transnordestina. Por isso, faz-se necessário obter informações junto à Agência quanto à justificação legal e técnica para a celebração dos referidos ajustes.

52. Por fim, cumpre informar ao Ministro Relator que, por conduto do Acórdão 2.820/2015-TCU-Plenário, foi apensado aos presentes autos o TC 026.045/2015-0, que trata de representação formulada pelo Ministério Público de Contas (MPTCU), na pessoa do Exmo. Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, contra os TACs firmados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão de rodovias e ferrovias, com proposta de medida cautelar e de oitiva da ANTT.

53. Previamente ao apensamento, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (SeinfraRodovias) analisou a representação conforme instrução de peça 4. Compulsando referida instrução, concordamos com os fundamentos lá expostos e, devido à similitude dos objetos e da maior amplitude do escopo daquela representação, já que trata de todos os TACs dos setores rodoviário e ferroviário, somos pelo seguimento da proposta de encaminhamento quanto à adoção de medida cautelar e realização de oitiva da ANTT nos termos lá propostos (peça 4, p. 8).

54. Em relação à proposta de determinação à agência para que encaminhe cópia de todos os termos de ajuste de conduta, entende-se que esses documentos podem ser obtidos por meio de diligência, a ser proposta com fulcro no art. 11 da Lei 8.443/1992. Adicionalmente, entende-se que não há, neste momento, a necessidade de encaminhamento ao TCU de cópia de todos os processos administrativos correspondentes, que poderão ser solicitados após a avaliação das cópias dos TACs solicitadas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

I) conhecer da presente representação como denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal;

II) determinar a conversão do presente processo para denúncia, a ser apurada em caráter sigiloso, devendo a Unidade Técnica providenciar a cópia tarjada da peça exordial, nos termos do art. 104 da Resolução-TCU 259/2014;

III) com suporte no comando contido no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o *caput* do art. 276 do Regimento Interno do TCU, seja determinado à Agência Nacional de Transportes Terrestres, **em caráter cautelar**, que se abstenha de celebrar novos Termos de Ajuste de Conduta (TAC) com concessionárias de ferrovias e rodovias federais até que o Tribunal se pronuncie em definitivo sobre a licitude de ajustes dessa natureza;

IV) com suporte no que prescreve o art. 276, § 3º, do RITCU, seja realizada a oitiva da Agência Nacional de Transportes Terrestres, a fim de que se manifeste, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca das seguintes irregularidades:

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.

V) com fundamento no art. 11 da Lei 8.443/1992, diligenciar a Agência Nacional de Transportes Terrestres para que apresente, no prazo de quinze dias:

V.1) 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;

V.2) cópia de todos os Termos de Ajuste de Conduta já celebrados pela ANTT;

V.3) relação de todos os processos administrativos em curso na agência que têm por objetivo futuro a celebração de Termo de Ajuste de Conduta, com indicação das partes e do montante, se já quantificado, correspondente às pendências, irregularidades ou infrações a que se referem;

VI) encaminhar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) cópia da presente instrução, bem como das peças 1 e 4 do TC 026.045/2015-0, a fim de subsidiar a oitiva e a diligência requerida;

VII) encaminhar cópia desta instrução e do respectivo Despacho do Relator ao Procurador do Ministério Público de Contas Julio Marcelo de Oliveira.

SeinfraHidroFerrovia, 4ª Diretoria, em 20 de novembro de 2015.

Rafael Lapa Santos Bezerra

AUFC – Mat. 10.220-2