

TC 019.494/2014-9

Apenso: TC 026.045/2015-0

Natureza: Representação

Interessados: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária e Ministério Público junto ao TCU.

Unidade Jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Assunto: Representação com proposta de medida cautelar. Supostas irregularidades praticadas pela Agência reguladora na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TAC) com os concessionários de serviços públicos rodoviários e ferroviários. Indeferimento da medida liminar. Diligência. Oitiva. Ciência.

DESPACHO

Cuida-se de Representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo (peça 1) contra possíveis irregularidades praticadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TAC's), no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário.

Teor da Representação

Em apertada síntese, o representante aduz que:

a) o fundamento legal para que as Agências Reguladoras celebrem Termo de Ajuste de Conduta (TAC) é dado pelos artigos 1º, 5º, inciso IV, § 6º, da 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 a preservar o interesse público e social, com a possibilidade de reparação do dano causado de forma rápida, dado 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) ao disciplinar a celebração de Termo de Ajuste de Conduta no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Resolução ANTT nº 442/2004 exorbitou da Lei da Ação Civil (LACP) pública 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;

d) os acordos de ajustamento de conduta previstos na Resolução ANTT nº 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;

e) no âmbito da ANTT, a regulamentação para implemento do TAC já nasceu nula, uma vez que a Lei da Ação Civil Pública não autoriza a Agência a celebrar, no seu próprio interesse,

termos de ajustes a fim de corrigir pendências, irregularidades ou infrações em contratos de concessão;

f) os TAC's celebrados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão da ferrovia Transnordestina são ilegais quanto ao seu conteúdo. Repactuam metas contratuais, promovem alterações no objeto licitado em favor da contratada e dão 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;

g) a redução de metas por meio da celebração de Termos de Ajuste de Conduta 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;

h) as alterações contratuais promovidas pela Agência reguladora por conduto dos TAC's desvirtuou 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;

i) 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;

j) há indícios de que a utilização irregular dos TAC's pela Agência reguladora configure prática de atos de improbidade administrativa tipificados na Lei nº 8.429/1992, os quais podem ter causado lesão ao Erário e violado princípios da Administração Pública, razão pela qual deva ser dado conhecimento desses fatos ao Ministério Público Federal;

k) há evidências de que as irregularidades verificadas no âmbito das concessões da ferrovia Transnordestina também tenham ocorrido no âmbito dos contratos de concessão rodoviária.

Em processo apenso aos presentes autos (TC nº 026.045/2015-0), o Ministério Público junto ao TCU formulou representação contra as mesmas irregularidades apontadas na peça inicial. Embora o escopo da impugnação do *Parquet* especializado seja mais amplo, guarda estreita conexão e continência com o objeto da representação em análise.

O MPTCU sugere a expedição de medida cautelar para que a ANTT se abstenha de celebrar novos termos de ajuste de condutas fundamentados na Resolução ANTT nº 442/2004 até que o Tribunal se manifeste sobre o mérito da representação. Propõe, 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 TAC's. Por fim, alvitra 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 TAC's e posterior instauração de Tomada de Contas Especial a fim de promover a reparação de dano porventura causado aos cofres da autarquia.

Em concordância com os fundamentos das representações formuladas pelo Auditor Federal de Controle Externo e pelo Ministério Público junto ao TCU, a 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.

A Unidade Técnica, porém, teceu algumas ressalvas quanto à forma de obtenção das provas em que se possa subsidiar o saneamento dos autos. Considerou desnecessária expedição de

determinação à Agência reguladora para que esta encaminhe cópia de todos os termos de ajuste de conduta, os quais poderão ser obtidos por meio de diligência proposta na forma do art. 11 da Lei 8.443/1992. Sugere, assim, que os procedimentos administrativos que deram ensejo à celebração dos TAC's poderão ser solicitados pela Unidade Técnica após a avaliação dos termos de ajuste de conduta requeridos.

Nessas condições, a SeinfraHidroFerrovia propõe:

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 prevêem 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 Júlio Marcelo de Oliveira.

Despacho do Relator

Preliminarmente, conheço das peças vestibulares como Representação, formulada pela Unidade Técnica, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos no artigo 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

Com relação à proposta de expedição de medida cautelar, indefiro-a, ante as razões que passo a expor.

Em cognição sumária e não-exauriente, depreendo não haver a Resolução ANTT nº 442/2004 afrontado a Lei nº 7.347/1985, Lei de Ação Civil Pública (LACP) e a própria Lei de criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Lei nº 10.233/2001, no ponto em que regulamenta a possibilidade de a autarquia celebrar Termo de Ajuste de Conduta (TAC) com concessionários de serviços públicos de transporte terrestre.

Ao menos no plano abstrato e normativo, o exame perfunctório da previsão contida nos artigos 16 a 18 do regulamento anexo à referida Resolução não evidencia haver colisão com as disposições expressas nos artigos 1º, incisos II, IV, V e VII, c/c os artigos 5º, inciso IV, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública e a Lei nº 10.233/2001. As referidas normas prescrevem, *in verbis*:

RESOLUÇÃO ANTT Nº 442, DE 17 DE FEVEREIRO DE 2004 DOU DE 24 DE MARÇO DE 2004

Aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, 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.

“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. revogado. (revogado pela Resolução nº 847/05)

Art.17. O TAC conterà:

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 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, 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)''

Leiº 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)

LEI nº 10.233, DE 5 DE JUNHO DE 2001.

(...)

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)

Em princípio, ao confrontar a norma regulamentar com a legislação transcrita, 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 celebrar Termo de Ajuste de Conduta com concessionário de serviço público de transporte terrestre a fim de corrigir pendências, irregularidades ou afastar infrações verificadas na execução do contrato de concessão. Tal acordo visa, em última instância, 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 o define o artigo 6º da Lei nº 8.987/1995.

Nessa perspectiva teleológica, 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 de condutas violadoras das regras do contrato de concessão e à legislação de regência, têm em mira o restabelecimento da adequada prestação dos serviços públicos delegados. A priori, embora a Lei de criação da ANTT defina penalidades a que estará sujeito o concessionário infrator após o devido processo administrativo, não determina expressamente que a punição seja o único meio para alcançar o desiderato público de garantir a regular prestação do serviço. Mesmo as sanções previstas em Lei estão sujeitas a certo grau de discrímen por parte Agente regulador, dada a tipicidade não vinculada das penalidades administrativas. Em todo caso, haverá necessidade da correta caracterização da conduta, a escolha da sanção aplicável e da gradação da pena.

Nesse sentido, o Termo de Ajuste de Conduta emerge como solução negociada de conflito, autorizada pela Lei de Ação Civil Pública e regulamentada pela Agência reguladora, 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 de processo sancionador. Trata-se de instrumento regulatório alternativo ao processo sancionatório, ao antecipar e prevenir contenda administrativa ou mesmo judicial, acerca das infrações cometidas pelo concessionário que possam ensejar-lhe punição. Fomenta, assim, a adesão do infrator ao compromisso de ajustar sua conduta às exigências do contrato e da lei.

Não é demais repisar que, enquanto penderem as obrigações contempladas no termo de ajustamento de conduta, o processo administrativo sancionador permanece suspenso, podendo ser retomado com vistas à aplicação de penalidade se o referido acordo não for cumprido, tal qual prevê o artigo 18, §2º, do Regulamento Anexo à Resolução ANTT nº 442/2004. Assim, não está a Agência a renunciar à pretensão punitiva contra o concessionário infrator, enquanto viger o termo de ajustamento de conduta, o qual tem por efeito a suspensão do processo sancionador e da prescrição da correspondente ação repressora.

Não existem, portanto, os requisitos do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora* que possam ensejar, a priori, proposta de determinação cautelar à ANTT para abster-se de celebrar novos termos de ajuste de conduta com os concessionários de serviços públicos de transporte terrestre tão somente em razão da ilegalidade de dispositivos regulamentadores do referido acordo, constante do anexo à Resolução ANTT nº 442/2004.

Nada impede, entretanto, que, no curso das apurações encetadas por meio desta representação, este Relator possa deferir medida liminar, ao deparar-se com a iminência concreta de

celebração de Termo de Ajuste de Conduta pela ANTT, cujas condições possam ser lesivas ao interesse público.

No arcabouço jurídico transcrito, a Agência reguladora dispõe de certa margem de discricionariedade para, diante da situação concreta de violação ao contrato de concessão, aos regulamentos de regulação dos serviços e à lei, escolher o instrumento que melhor atenda ao interesse público.

A escolha entre a abertura de processo administrativo sancionador, ou a celebração de termo de ajuste de conduta que permita, através da adesão do compromissário, cessar as irregularidades e compensar os danos causados na prestação de serviço, há de ser sempre motivada pelo Administrador, de tal forma que possa ser sindicada pelo controle externo judicial ou administrativo.

Nessa diretriz, o Tribunal de Contas da União não estará a imiscuir-se no âmbito de discricionariedade do gestor, mas verificará se a opção eleita pelo Administrador atende ao interesse público primário. Melhor do que ninguém, a Agência reguladora, atenta às dinâmicas de mercado que envolvem setor regulado e o contexto do contrato, deverá sopesar os prós e contras da instauração ou prosseguimento de processo sancionador, relativamente à celebração de acordo que possa colocar termo às pendências verificadas na execução da avença, justificando a solução adotada como a que mais convenha ao interesse público.

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.

A meu ver, reside aí o busílis da presente Representação, pois são graves as denúncias de que os Termos de Ajuste de Conduta efetivamente celebrados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão ferroviária e rodoviária não teriam atendido aos critérios mínimos que salvaguardassem o interesse público primário, por contemplarem irregularidades como: a redução de metas dos contrato de concessão com reflexos negativos no desequilíbrio econômico-financeiro das avenças em desfavor do Erário; na precarização do serviço público e na ausência de reversão na modicidade das tarifas; ausência de especificação das obrigações de fazer e não-fazer, a serem assumidas pelo concessionário; ausência de cobrança de multas já constituídas, em relação às quais já não cabia qualquer recurso administrativo.

Apesar de o regulamento aprovado pela ANTT por meio da Resolução nº 442/2004 estabelecer balizas gerais para celebração desses acordos, os autos ressentem-se de informações sobre os motivos e a circunstâncias exatas em que foram negociadas as condições estabelecidas nos Termos de Ajuste de Conduta, bem como o balanço entre as vantagens da formalização do instrumento substitutivo em relação ao processo sancionador. E não poderia ser por menos, porquanto cada contrato de concessão apresenta suas particularidades. Portanto, faz-se necessário que sejam adotadas medidas saneadoras a fim de que o Tribunal possa analisar e julgar a regularidade de cada um desses ajustes.

Ante o exposto, **DECIDO**:

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.

À Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária, para as devidas providências.

Brasília, 11 de dezembro de 2015

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator