

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

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

Natureza: Agravo (em processo de Representação)

Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Representação legal: Renata Amado Ferreira e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Agravante: Ministério Público junto ao TCU

SUMÁRIO: Representação com proposta de medida cautelar. Supostas irregularidades praticadas pela Agência reguladora na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) com concessionários de serviço público de transporte rodoviário e ferroviário. Indeferimento da medida liminar. Agravo. Conhecimento. Rejeição. Ciência.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo interposto pelo Ministério Público junto ao TCU, subscrito pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, contra Decisão monocrática por mim proferida que conheceu de Representação formulada pela Secretaria de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária em face de possíveis irregularidades praticadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's) com concessionários de serviços público de transporte rodoviário e ferroviário, determinou à Unidade Técnica a adoção das providências saneadoras e indeferiu pedido de medida cautelar *inaudita altera parte* formulado pelo *Parquet* especializado.

Os indícios de irregularidades veiculados pela Representação foram assim sumariados na decisão agravada:

- 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 7.347/1985 (Lei de 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;

- 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;

- 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;

- 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;

- 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;

- 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;

- 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;

- 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;

- 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 autos (TC nº 026.045/2015-0), o Ministério Público junto ao TCU formulou Representação contra as mesmas irregularidades apontadas na inicial, embora com conteúdo mais amplo. O MPTCU sugeriu, ainda, 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 emita pronunciamento conclusivo sobre a matéria.

Ao analisar a admissibilidade do pedido e as propostas preliminares da Unidade Técnica e do Ministério Público (peça 14), decidi:

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 de 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.

Neste Agravo, almeja o Douto Representante do Ministério Público a retratação do Relator ou determinação do Tribunal para, com supedâneo no artigo 45 da Lei nº 8.443/1992, c/c o *caput* do artigo 276 do Regimento Interno do TCU, expedir medida liminar à Agência Reguladora a fim de abster-se de celebrar novos TAC's com concessionárias de ferrovias e rodovias, fundamentados na

Resolução ANTT nº 442, 17/02/2004, os quais tenham sido instaurados com o objetivo de solucionar pendências verificadas no curso de fiscalização dos respectivos contratos de concessão, até que esta Corte de Contas aprecie definitivamente a matéria.

Para justificar a medida de cautela, o Agravante deduz, em essência, os mesmos argumentos já esgrimidos na inicial:

- os TAC's firmados entre a ANTT e as concessionárias não se destinam a tutelar interesse difuso consistente na prestação de serviços delegados em condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária, conforme prescritos pelo artigo 6º da Lei nº 8.987/1995. Nesse proceder, o poder público deixa de aplicar sanções cabíveis aos delegados em razão de descumprimento de obrigações contratuais;

- reforça a convicção da ilegalidade e ilegitimidade dos acordos de ajustamento de conduta o sistemático descumprimento de metas dos contratos de concessão, exemplificado pela ferrovia Transnordestina, tratada nos autos do TC 010.453/2014-8, bem como a baixa execução dos Termos de Ajustamento de Conduta, conforme gráficos de acompanhamento dos TAC's celebrados pela ANTT, disponíveis na página da Agência reguladora na *internet*;

- a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pela agência reguladora desfigura o contrato original de concessão pelo estabelecimento de novas metas de desempenho, diminuição das obrigações ordinárias estabelecidas na avença, à revelia das condições iniciais fixadas na licitação e em afronta ao princípio da isonomia entre licitantes;

- ao contrário do Termo de Ajustamento de Conduta previsto na Lei de Ação Civil Pública, o pretenso TAC celebrado entre a ANTT e o concessionário não é título executivo extrajudicial que, em caso de descumprimento, enseje sua imediata execução. A norma que disciplina a celebração do TAC no âmbito da Agência prevê que, havendo a inadimplência do acordo de conduta, remete à instauração de processo administrativo para apuração de responsabilidade e posterior aplicação de penalidade;

- a impunidade dos infratores desorganiza a regulação dos serviços públicos concedidos e sinaliza aos agentes privados a possibilidade de auferirem ganhos ilícitos à custa de descumprimento de regras e normas disciplinadoras dos serviços delegados;

- os TACS tendem ao abrandamento das exigências e penalidades estipuladas em contrato sem qualquer compensação aos usuários;

- não há qualquer *periculum in mora reverso* ao se conceder a medida cautelar, porquanto tal medida evitará que a Agência reguladora celebre novos TAC's deletérios ao interesse público.