

Processo TC 019.494/2014-9 (com 104 peças)
Apenso: TC 026.045/2015-0 (Representação)
Representação

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

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 abstinisse 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 avançadas, 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 TLISA 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, de 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 (TLISA), 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 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)

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

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 compelissem 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 institísse 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

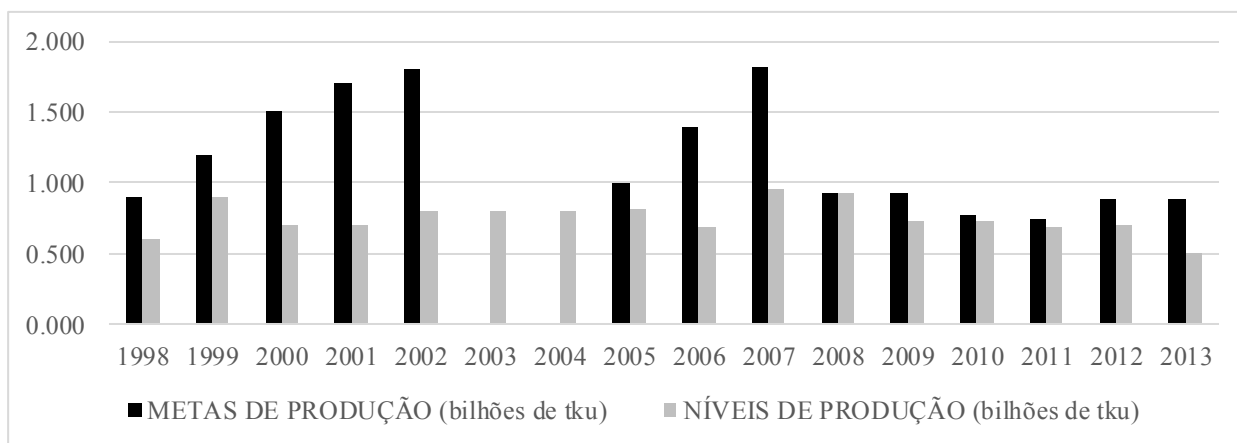
de Aviação Civil – ANAC (Resolução 199/2011).

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).

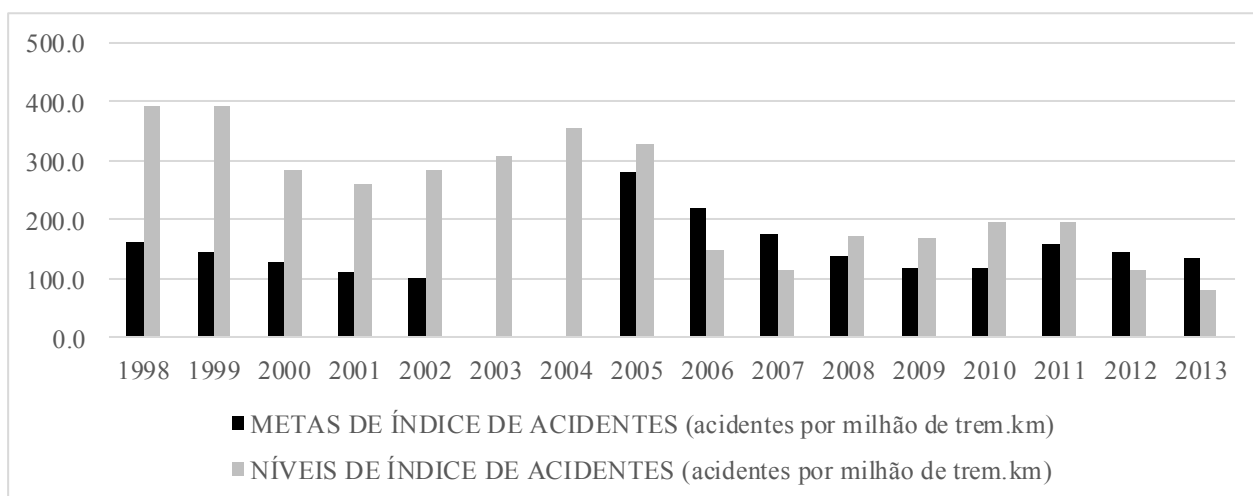
Voltando à análise específica do TAC celebrado com a CFN, os gráficos contidos na instrução da unidade técnica e a seguir reproduzidos deixam claro que o termo de compromisso não logrou êxito em ajustar a conduta da concessionária às exigências contratuais (peça 69, p. 23):

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.

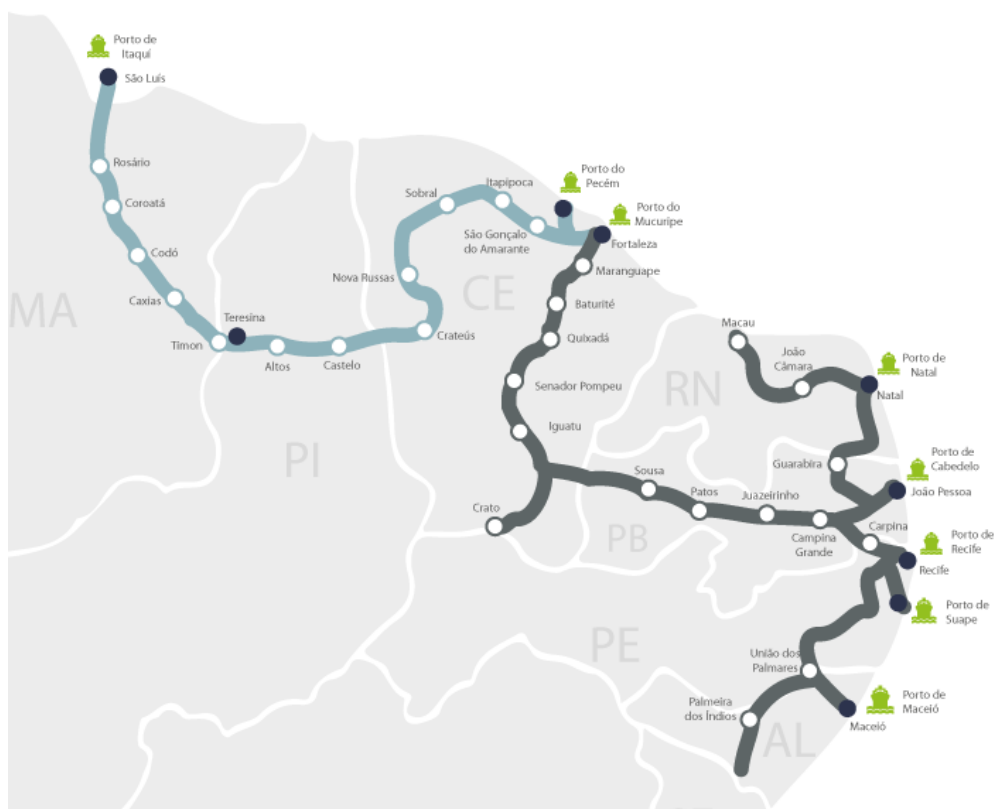
Cumprir esclarecer que, enquanto as metas para o quinquênio 2005/2009 foram fixadas no

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

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 definindo 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 autuado 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 010.453/201484, 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 anterior 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 Mafra 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 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 Mafra 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 consequente 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

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

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 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 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.

Brasília, em 5 de setembro de 2017.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador