

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

Aprecia-se, nesta oportunidade, a legalidade e a efetividade dos termos de ajustamento de conduta celebrados entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres e empresa concessionária Transporte Logística S.A. (TLSA), em atendimento preferencial à Solicitação do Congresso Nacional formulada pelo Coordenador da Comissão Externa da Câmara dos Deputados - Construção da Ferrovia Nova Transnordestina, Deputado Raimundo Gomes de Matos, conhecida pelo Acórdão 1.731/2016-Plenário.

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

Solicitação Parlamentar:

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

Ação de controle:

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

Solicitação Parlamentar:

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

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

Ação de controle:

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

Solicitação Parlamentar:

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

Ação de controle:

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

Solicitação Parlamentar:

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

Ação de controle:

O assunto é o objeto da presente representação.

II

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

A previsão e a regulamentação dos referidos acordos, inicialmente previstas na Resolução ANTT 152/2003 e sucedida pelas Resoluções ANTT nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, e 5.083, de 27 de abril de 2016, têm seu fundamento de validade jurídica nas amplas competências regulatórias atribuídas à Agência Nacional de Transportes Terrestres pela Lei 10.233/2001:

“Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

(...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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).
l - ao meio-ambiente;*

- II - ao consumidor;*
- III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;*
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)*
- V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).*
- VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)*
- VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)*
- VIII - ao patrimônio público e social. (Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014)*
- (...)*
- Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)*
 - I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).*
 - II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).*
 - III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).*
 - IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).*
 - V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).*
 - (...)*
- § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (grifei)*

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

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

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

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

Conforme frisei no Despacho saneador e nos fundamentos do Acórdão 675/2016-Plenário, desde que observados os *standards* ou limites de competência definidos pela Lei 10.233/2001, a

Agência reguladora dispõe de certa margem de discricionariedade para, diante da violação ao contrato de concessão, aos regulamentos de regulação dos serviços delegados e à lei, escolher o instrumento que melhor atenda ao interesse público no caso concreto, seja ele medida punitiva ou acordo substitutivo. Em princípio, a própria Agência, atenta às dinâmicas do setor regulado, o contexto do contrato e as peculiaridades da situação vertente, haverá sempre de sopesar os prós e contras da celebração de acordo que possa colocar termo às pendências verificadas na execução da avença, como alternativa à instauração ou ao prosseguimento de processo sancionador, justificando a solução adotada como a aquela que mais convenha ao interesse público.

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

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

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

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

III

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

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

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

O item 9.1. da Cláusula Nova do contrato estabeleceu também os seguintes deveres da concessionária: prestar serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários; zelar pela integridade dos bens vinculados à concessão, mantendo-os em perfeitas condições de funcionamento e conservação; promover a reposição de bens e equipamentos vinculados à concessão, assim como a aquisição de novos bens, a fim de assegurar a prestação de serviço adequado; manter as condições de segurança

operacional da ferrovia de acordo com as normas em vigor; e manter a continuidade do serviço concedido, salvo interrupção emergencial causada por caso fortuito ou força maior (peça 55, pp. 8/11).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Malha I (São Luís a Mucuripe; Arrojado a Recife; Itabaiana a Cabedelo; e Paula Cavalcante a Macau);
- Malha II (Missão Velha a Salgueiro; Salgueiro a Trindade; Trindade a Eliseu Martins; Salgueiro ao Porto de Suape; e Missão Velha ao Porto de Pecém). A Malha II consiste na Ferrovia Nova Transnordestina, ainda em construção.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Além da adoção de medidas para a recuperação da malha original, foram estipuladas no novo TAC: metas de produção e de acidentes para o quinquênio 2013/2017; obrigatoriedade da concessionária observar a regulamentação acerca da comunicação de acidentes; renúncia da TLSA a qualquer direito relacionado à impugnação a quaisquer dos processos administrativos descritos no termo, à exceção do processo 50500.066688/2011-99, cujo objeto era o recolhimento a menor de

valores devidos à União a título de receita alternativa. O ajuste estabeleceu, ainda, que os demais processos administrativos de apuração de responsabilidade ficariam suspensos.

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

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

- a) desativação ou devolução da Linha Tronco Sul Recife, da Linha Tronco Centro Recife, da Linha Tronco Sul Fortaleza e do Ramal do Crato, todas da antiga malha nordeste;
- b) postergação da recuperação da malha original a evento futuro e incerto, porquanto remete a execução dessas melhorias a prazo de 24 meses após início da operação do Tramo I (Eliseu Martins – Trindade – Salgueiro – Suape) e do Tramo II (Salgueiro – Missão Velha – Pecém), todos alusivos à Ferrovia Nova Transnordestina, ainda em fase de construção e inclusa no objeto da nova concessão firmado com a empresa Transnordestina Logística S.A.;
- c) arquivamento indevido do processo administrativo 50500.118433/2013-81, instaurado em junho de 2013 para apuração das irregularidades relativas ao descumprimento de metas do ano de 2012, sob alegação de tratar-se de período de adaptação da malha objeto da concessão. Nos termos da Resolução ANTT 442/2004, referido processo deveria ter sido suspenso a partir da celebração do TAC e ser retomado em caso de descumprimento do ajuste. A própria agência reguladora reconheceu o equívoco desse procedimento e determinou o desarquivamento do aludido processo administrativo após confirmação de descumprimento do termo de ajuste de conduta pela concessionária;
- d) irregularidades no parcelamento de multas, apurada no TC 010.453/2014-8:
 - d.1) parcelamento indevido de multas vencidas, as quais deveriam ter sido encaminhadas para inscrição em dívida ativa, contrariando a Portaria ANTT 156/2004, o art. 22 do Decreto-Lei 147/1967, e o artigo 1º, § 2º, da Resolução ANTT 3.561/2010;
 - d.2) ausência de autorização prévia e específica da Diretoria da ANTT para o parcelamento de multas em montante superior a R\$ 2 milhões de reais, em desacordo com os artigos 3º e 4º da Resolução ANTT 3.561/2010. Tal permissão somente foi emitida pela Diretoria da Agência em 1/8/2014, mediante Deliberação 195/2014 (peça 107, pág. 74, do TC 010.453/2014-8);
- e) previsão de instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação de penalidades ou prosseguimento de processos anteriormente suspensos, caso a concessionária venha a descumprir as obrigações assumidas no TAC.

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

que poderá conduzir à declaração de caducidade da concessão. Mesmo assim, a Agência reguladora manteve o pagamento parcelado das multas (peça 66).

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

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

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

Muito embora a norma regulamentadora que lastreou a celebração dos referidos termos de ajustamento de conduta (artigos 16 a 18, da Resolução ANTT 442/2004) tenha sido editada dentro das competências deferidas à Agência Nacional de Transportes Terrestres pelos artigos 20 a 24 da Lei 10.233/2001, ainda assim, ressenete-se de lacunas que a tornam mera recomendação ao concessionário para correção de pendências, destituída qualquer conseqüência jurídica que a torne eficaz e efetiva ao interesse público atinente à regular prestação do serviço público concedido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esse resultado contraria a própria lógica da delegação de serviços públicos a terceiros por intermédio da concessão que tem, entre seus primados, a aprimoramento da qualidade dos serviços concedidos em benefício do usuário, por conta e risco do agente delegado. No caso da Malha Nordeste, passados mais 15 anos da outorga do objeto da concessão, o que se observa é redução sensível das metas de desempenho da concessionária e um definhamento dos serviços públicos de

transporte ferroviário de cargas. Para se ter ideia, a extensão da malha em que opera a concessionária foi reduzida de 4.238 km de ferrovias, no início da concessão, para apenas 1.190 km. Os serviços que deveriam ser prestados em sete estados da região nordeste passaram a funcionar, atualmente, somente nos estados do Ceará, do Piauí e do Maranhão.

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

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

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

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

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

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

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator