TC 019.494/2014-9

Apenso: TC 026.045/2015-0

Tipo: Representação

Unidade jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);

Representante: Identidade preservada (art. 234, §2º do RITCU);

Representado: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)**;**

Procurador: não há;

Interessado em sustentação oral: não há;

Proposta: Exame de mérito relativo aos termos de ajuste de conduta (TAC) firmados pela ANTT no âmbito do setor ferroviário. Arquivamento.

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo (AUFC) a respeito de possíveis irregularidades encontradas nos Termos de Ajuste de Conduta (TAC) celebrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) junto a concessionárias de ferrovias e rodovias.

2. A presente instrução objetiva examinar a regularidade de todos os TACs firmados pela ANTT no âmbito do setor ferroviário, exceto aqueles referentes à Ferrovia Transnordestina (assinados em 27/7/2005 e 20/9/2013), cuja legalidade e efetividade dos seus termos foram previamente analisados por esta Unidade Técnica (peça 69) e já contam com a respectiva deliberação de mérito deste Tribunal (Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário).

3. Relativamente aos casos envolvendo os termos de ajuste firmados pela ANTT no segmento rodoviário, esta SeinfraPortoFerrovia já tomou as providências necessárias ao envio das correspondentes informações obtidas em sede de diligência à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviasAviação) para subsidiar a manifestação de mérito sob sua competência nos autos do TC 005.218/2014-4, também de relatoria do Exmo. Ministro Walton Alencar.

HISTÓRICO

4. Na peça inicial do processo, os seguintes pontos, em resumo, fundamentaram a autuação da presente representação, todos relacionados à assinatura de termos de ajuste de conduta pela ANTT:

a) **ilegalidade da regulamentação relativa ao objeto da representação**: ao disciplinar a celebração de TAC no âmbito da ANTT, a Resolução 442/2004 exorbitou da Lei da Ação Civil Pública (LACP) ao prever formalização de acordos que não visam a proteção de qualquer interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, mas apenas a preservação dos direitos contratuais da agência reguladora em relação aos contratados; a Agência teria extrapolado os seus poderes, ao criar, por resolução, um novo instrumento jurídico que lhe conferiu a faculdade de não aplicar as penas previstas em contrato, propondo em seu lugar um pretenso ajuste de conduta, o qual não encontra suporte em qualquer lei;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

b) **ilegalidades no objeto dos termos firmados no contrato de concessão da Transnordestina**: os TACs celebrados pela ANTT no âmbito da concessão da ferrovia Transnordestina são ilegais quanto ao seu conteúdo. Repactuaram metas contratuais, promoveram alterações no objeto licitado em favor da contratada e deram ensejo à renúncia, por parte da Agência, à aplicação de multas ao concessionário, algumas das quais vencidas, em razão de descumprimento de obrigações da avença e de violação às normas regulamentares e à lei de regência; a redução de metas por meio da celebração de TAC provocou alterações no equilíbrio das avenças pactuadas em desfavor do Erário, pois não foi revertida em comprovada melhoria dos serviços públicos ou na modicidade tarifária; no caso concreto, o conflito de interesses entre as partes foi resolvido pela Agência por meio da renúncia de direitos;

c) **impossibilidade de execução dos TACs quando de seu eventual descumprimento**: os acordos de ajustamento de conduta previstos na Resolução ANTT 442/2004 não gozam dos mesmos atributos de executoriedade estabelecidos na LACP, porquanto remetem sua eventual inadimplência à abertura de procedimento ordinário para apuração da irregularidade;

d) **descaracterização dos objetos anteriormente licitados**: as alterações contratuais promovidas pela ANTT por conduto dos TACs desvirtuaram o objeto inicialmente licitado, não sendo possível aos demais partícipes do processo licitatório original apresentarem suas propostas para estas novas realidades, pois são acordos ilegais, pós-contratuais;

e) **promoção de um mercado desequilibrado**: a celebração de TACs, da forma apregoada pela ANTT, deseduca o mercado e a sociedade por não só gerar impunidade ao infrator, mas também por sinalizar aos demais agentes privados a possibilidade de auferir lucro ilícito ao arrepio do contrato de concessão e da legislação regulatória; e

f) **indício de ocorrência de ato de improbidade administrativa**: há indícios de que a utilização irregular dos TACs pela Agência Reguladora configure prática de atos de improbidade administrativa tipificados na Lei 8.429/1992, os quais podem ter causado lesão ao Erário e violado princípios da Administração Pública, razão pela qual deve ser dado conhecimento desses fatos ao Ministério Público Federal.

5. Em processo apenso aos presentes autos (TC 026.045/2015-0), o Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) formulou representação contra as mesmas irregularidades apontadas na peça inicial. O *Parquet* sugeriu a expedição de medida cautelar para que a Agência se abstivesse de celebrar novos termos de ajuste de conduta fundamentados na Resolução ANTT 442/2004 até que o Tribunal se manifestasse sobre o mérito da representação. Propôs, ainda, a oitiva da entidade acerca dos fatos ilícitos denunciados, bem como a realização de diligência para obtenção de todos os documentos que embasaram a celebração dos TACs. Por fim, alvitrou a análise segregada de cada acordo de ajuste de conduta firmado pela ANTT, com a convocação dos concessionários envolvidos para, no mérito, caso não fossem elididas as irregularidades, declarar a nulidade desses ajustes, com posterior instauração de Tomada de Contas Especial, para reparação de dano porventura causado aos cofres da autarquia.

6. Em concordância com os fundamentos das representações formuladas pelo Auditor Federal de Controle Externo e pelo MPTCU, a então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroFerrovia) considerou graves as irregularidades denunciadas, de modo que acolheu as propostas de adoção de medida cautelar *inaudita altera parte* e de realização de oitiva da ANTT, além de propor diligência à entidade sobre informações de todos os TACs por ela celebrados (peças 11, 12 e 13).

7. Em que pese o posicionamento da Unidade Técnica, o Exmo. Sr. Ministro Relator considerou que os autos careciam de informações sobre os motivos e as circunstâncias exatas em que foram negociadas as condições estabelecidas nos TACs, bem assim o balanço entre as vantagens da formalização do instrumento substitutivo em relação ao processo sancionador, porquanto cada contrato ensejaria particularidades. Dessa forma, considerou ser necessário que fossem adotadas medidas saneadoras a fim de que o Tribunal pudesse analisar o mérito das questões levantadas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

8. Diante do exposto, decidiu nos seguintes termos (peça 14, p. 9-10):

I) **conhecer** da peça inaugural como Representação, com fundamento no artigo 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU;

II) **indeferir** o pedido de medida cautelar *inaudita altera parte*;

III) **determinar** à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária, com fundamento no artigo 11 da Lei nº 8.443/1992, a adoção das seguintes providências saneadoras, sem embargo da realização de outras medidas que a Unidade Técnica entender pertinentes ao esclarecimento dos fatos:

III.1) **diligenciar** a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para que, no prazo regimental de quinze dias, encaminhe a este Tribunal:

a) relação de todos os Termos de Ajuste de Conduta já celebrados pela ANTT, com a indicação sintética dos seguintes elementos: i) data; ii) identificação das partes; iii) pendência, irregularidade ou infração a que se refere o TAC, acompanhada do montante financeiro total correspondente, quando quantificado; iv) número do processo administrativo;

b) cópia de todos os Termos de Ajuste de Conduta já celebrados pela ANTT no âmbito dos contratos de concessão ferroviária e rodoviária;

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

d) exposição analítica e objetiva de motivos pelos quais a ANTT optou por celebrar cada Termo de Ajuste de Conduta com os concessionários inadimplentes com os serviços de transporte terrestre ferroviário e rodoviário, comparativamente ao prosseguimento dos processos administrativos sancionatórios instaurados, a instaurar ou conclusos;

e) evidenciação do interesse público tutelado em cada Termo de Ajuste de Conduta celebrado pela Agência, de molde a cessar as condutas irregulares praticadas pelo concessionário, reparar os danos sofridos pelo Erário e pelo usuário na prestação dos serviços públicos delegados e promover o reequilíbrio da equação econômico-financeira, seja pela assunção de novas metas além daquelas previstas no contrato de concessão, seja pela realização de investimentos extraordinários, seja pela reversão na modicidade tarifária, ou qualquer outro mecanismo compensatório;

f) relatório gerencial atualizado acerca de execução de cada um dos Termos de Ajuste de Conduta com os concessionários, bem como as medidas adotadas pela ANTT em caso de descumprimento;

III.2) com supedâneo no artigo 250, inciso V, do Regimento Interno **promover a oitiva** da Agência Nacional de Transporte Terrestre para que se manifeste, no prazo de quinze dias, acerca dos seguintes indícios de irregularidades, apontados nesta representação:

a) ausência de amparo legal para a celebração dos termos de ajuste de conduta já firmados com concessionárias de ferrovias e rodovias federais, visto que alteram metas contratuais que foram precedidas de licitações, sem que daí resulte a retomada do reequilíbrio econômico financeiro do contrato;

b) ausência de amparo legal para a celebração de TAC com a Transnordestina Logística S.A. tendo por objeto o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade a processo administrativo regular de cobrança de multa relativa a infrações por descumprimento de metas contratuais e outras obrigações contratuais não atendidas pela concessionária;

c) inviabilidade de execução judicial dos TACs celebrados, que preveem apenas a instauração de processo administrativo ordinário para apuração de pendências, na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas por meio dessas avenças;

d) inexistência de consequências diretas e passíveis de serem impostas na hipótese de descumprimento dos TACs firmados;

e) violação aos princípios da legalidade, isonomia, busca pela proposta mais vantajosa e indisponibilidade do interesse público resultantes de alterações promovidas pelos TACs em objetos de contratos precedidos de licitação;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

f) promoção de mercado desequilibrado, com distorções induzidas pelo próprio poder público devido ao conteúdo dos TACs celebrados.

III.3.) após análise preliminar dos documentos encaminhados e exame dos esclarecimentos prestados pela ANTT, **caso sejam confirmados** os indícios de irregularidade apontados na inicial, **autorizar** a constituição de processos específicos de representação apartados destes autos em relação a cada Termo de Ajuste de Conduta porventura inquinado de ilegalidade, com vistas a apurar eventuais responsabilidades e promover o chamamento dos agentes públicos e concessionários envolvidos na celebração de acordos lesivos ao interesse público;

III.4) **encaminhar** à ANTT cópia do presente Despacho, da instrução das peças 1, 2, 3, 4, 11, 12 e 13 destes autos, bem como das peças 1 e 4 do processo apenso (TC 026.045/2015-0), a fim de subsidiar a oitiva e a resposta à diligência requeridas;

III.5) **encaminhar** cópia do presente Despacho ao representante do Ministério Público junto ao TCU, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

9. Diante da decisão negatória da medida cautelar, o MPTCU, representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, interpôs agravo contra a decisão monocrática que indeferiu o seu pedido. No entanto, em sessão colegiada, o TCU decidiu pela rejeição do recurso apresentado (Acórdão 645/2016-TCU-Plenário).

10. Em continuidade ao deslinde do processo e, por meio das instruções das peças 42 e 47, foram realizadas diligências à ANTT acerca de todos os processos administrativos referentes à celebração e acompanhamento dos TACs firmados pela Agência. As respectivas respostas foram encaminhadas pelos ofícios 95 e 118/2017/DG/ANTT (peças 51 e 54, respectivamente)

11. Na instrução de peça 69, analisaram-se tanto a regularidade como a efetividade dos dois TACs celebrados com a concessionária da malha nordeste – também concessionária da Ferrovia Transnordestina –, com o objetivo de responder a alínea ‘d’ do Requerimento 16/2016, encaminhado ao TCU pela Comissão Externa - Construção da Ferrovia Nova Transnordestina (Cextrane), nos autos de Solicitação do Congresso Nacional (TC 012.092/2016-9). Também naquele exame pela Unidade Técnica, além da abordagem de outros temas concernentes ao objeto desta representação (ver peça 69, p. 6, §27), foi feita a verificação da legalidade dos normativos que regulamentam a celebração desse tipo de instrumento no âmbito da ANTT. Referida avaliação foi feita de forma transversal – aplicando-se, portanto, a todos os TACs firmados pela Agência. Contudo, a posição defendida por esta SeinfraPortoFerrovia não foi acatada pelo Colegiado do Tribunal – que já se manifestou no mérito a respeito do assunto (Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário) –, de modo a impactar nas considerações e no desfecho dados à questão, mais à frente expostos nesta instrução.

12. No âmbito do presente processo foram diligenciados também os TACs celebrados no setor rodoviário, cuja competência para análise é da SeinfraRodoviasAviação, que já autuou o TC 005.218/2014-4, referente ao monitoramento do nível de implementação dos planos de ação previstos nos termos de ajuste de conduta firmados pela ANTT com as concessionárias da segunda etapa do Procrofe. No que concerne a esse setor, ressalta-se, mais uma vez, que **esta Unidade Técnica já tomou as providências necessárias ao envio das correspondentes informações obtidas em sede de diligência àquela Unidade Técnica, com vistas a subsidiar sua manifestação de mérito naqueles autos**, também de relatoria do Exmo. Ministro Walton Alencar.

13. Assim, em que pese o presente processo tratar da análise de regularidade de **todos os TACs firmados pela ANTT**, nos termos determinados pelo Exmo. Sr. Ministro Relator (peça 14, p. 9-10), **o escopo da presente instrução está limitado ao exame da regularidade dos acordos dessa natureza firmados pela Agência com concessionárias ferroviárias, à exceção daqueles assinados no âmbito da Ferrovia Transnordestina, já examinados na peça 69 e apreciados no mérito em sessão colegiada do Tribunal (Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário)**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

EXAME TÉCNICO

14. Nesta seção, as informações obtidas em sede de diligência serão confrontadas com as irregularidades apontadas na inicial, de modo a se verificar se estas se mantêm pelos seus fundamentos com base na documentação acostada aos autos. No entanto, e para fins de objetividade do conteúdo a ser exposto, dada a associação lógica entre itens da oitiva e alguns indícios apontados na peça inaugural, será realizado o agrupamento da análise desses temas conexos em subtópicos únicos, quando necessário, os quais serão precedidos dos argumentos da ANTT pertinentes apresentados em resposta à oitiva.

15. Dada a análise processual prévia, observa-se que a Representação do Auditor Federal de Controle Externo (peça 1) abordou os seguintes indícios de irregularidades:

a) ilegalidade da regulamentação do TAC no âmbito da ANTT, pois a referida resolução não tem como objeto a proteção de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, mas apenas a preservação dos direitos contratuais da Agência em relação aos contratados – o que não seria matéria passível de ser tratada em ação civil pública (ACP) e, portanto, de ser acordada via TAC;

b) assinatura de TACs que não possuem disposição expressa de penalidades em caso de não cumprimento dos seus termos, havendo tão somente a genérica previsão de abertura de processo administrativo para apurar fatos e aplicar sanções;

c) parcelamento de dívidas já vencidas via previsão em TAC;

d) desídia administrativa caracterizada em razão de se conceder, por meio de TACs, novo prazo para a concessionária inadimplente, ao invés de dar trâmite legal para fins de cobrança judicial das multas já notificadas, autuadas, cobradas e não pagas;

e) desídia administrativa caracterizada pela concessão de novo prazo à concessionária inadimplente para a correção de irregularidades antes identificadas e cujas responsabilidades já haviam sido apuradas;

f) alteração de metas de produção e segurança contratuais por meio dos TACs, o que configuraria renúncia de direitos em favor da concessionária inadimplente;

g) impossibilidade de execução dos TACs em caso de inadimplemento de seus termos, tendo em vista que, nos acordos firmados pela ANTT, não só seria ilegalmente vantajosa a sua celebração para a concessionária, como também o seu descumprimento, dado que as medidas que a Agência poderia tomar são apenas aquelas que já haviam sido anteriormente adotadas: apurar fatos e aplicar sanções administrativas;

h) promoção de um mercado desequilibrado, ante a ausência da expectativa de aplicação de sanções aos infratores em caso de inadimplemento contratual, dada a possibilidade de confecção de TACs para se ganhar mais tempo.

16. Portanto, esses indícios serão examinados nesta oportunidade em conjunto com os fatores apontados na oitiva promovida pelo Exmo. Sr. Ministro Relator.

17. De antemão, registre-se que, apesar de a oitiva promovida pelo Exmo. Sr, Ministro Relator, em sua alínea "b", indagar apenas sobre o parcelamento de dívidas já vencidas no âmbito dos TACs celebrados com a concessionária responsável pela Ferrovia Transnordestina, será feita análise expansiva dos autos, de modo a se averiguar a existência de outros parcelamentos irregulares nos demais termos de ajustamento de conduta celebrados.

Dos TACs firmados

18. Em resposta à diligência promovida pelo Exmo. Sr. Ministro Relator por meio do Despacho s/n, de 11/12/2015, a ANTT respondeu, via Ofício 71/DG/ANTT/2016 (peça 24), de 3/2/2016, que havia, além dos dois TACs firmados no âmbito da concessão da Ferrovia Transnordestina e malha nordeste, outros dez assinados no âmbito do setor ferroviário.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

19. Acrescentou que estaria na iminência de se firmar outros dois TACs: um com a Estrada de Ferro Paraná Oeste, sobre parcelamento de dívidas, e outro com a Valec S.A., relativo a irregularidades no cumprimento do contrato de concessão.

20. Após diligência sobre os respectivos processos, verificou-se que o trâmite para a celebração de TAC com a Estrada de Ferro Paraná Oeste foi cancelado em vista de que sua pretensão consistia no parcelamento global de dívidas vencidas e não pagas, já inscritas em Dívida Ativa. Com relação ao da Valec S.A., o processo estava em estágio preliminar de análise de viabilidade técnica e jurídica, a ser proferida pela Procuradoria Jurídica da ANTT.

21. Nesta seção, será feita a descrição do objeto de cada um desses dez termos e, na sequência, a análise da regularidade de cada um deles.

Dos TACs assinados com a Ferrovia Centro Atlântica S.A (FCA)

TAC I – assinado em 27/9/2007 (peça 25, p. 1-12)

22. Tendo em vista a detecção, por inspeções *in loco* da ANTT, de que a FCA não vinha observando dispositivos do Regulamento dos Transportes Ferroviários (RTF) e do Contrato de Concessão e que, a despeito de notificações a respeito dos inadimplementos, vinha procrastinando as intervenções na malha para cumprimento da norma vigente, aquela Agência negociou os termos de um TAC com a FCA com vistas a fixar prazos para a correção de todas as irregularidades encontradas.

23. Esse TAC tinha por objeto os trechos Paripe (BA) – Mapele (BA); Ramal do Porto de Salvador; Corinto (MG) – Porto de Pirapora (MG); e Sabará (MG) – Miguel Burnier (MG), integrantes da malha centro-oeste. As irregularidades apontadas no acordo dizem respeito à falta de manutenção e zelo da concessionária com as vias deterioradas, dada a ausência de interesse provocada pela inexistência de demanda de cargas na região. A situação verificada na ferrovia corresponde ao seguinte cenário:

a) vegetação alta sobre a via;

b) invasão da faixa de domínio por casas e estabelecimentos comerciais das cidades lindeiras à via permanente;

c) furtos de materiais metálicos da via;

d) pavimentação da faixa de domínio para aproveitamento em vias rodoviárias;

e) direcionamento de esgoto das residências próximas para a valeta de drenagem da via;

f) quantidade elevada de dormentes deteriorados;

g) existência de pontos de fuga de aterros e deslizamentos de cortes.

24. O TAC determinou que os trechos Paripe (BA) – Mapele (BA) e Ramal do Porto de Salvador fossem totalmente reconstruídos em toda a sua extensão e que os trechos Corinto (MG) – Porto de Pirapora (MG) e Sabará (MG) – Miguel Burnier (MG) fossem reformados para que voltassem a apresentar condições normais de circulação de trens de serviço para uma velocidade de 20 km/h.

25. Eventual descumprimento do TAC tinha apenas por consequência a abertura de processo administrativo para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis.

TAC II – assinado em 10/3/2008 (peça 25, p. 1-12)

26. O TAC tinha por objeto a inadimplência da concessionária na manutenção dos trechos Barão de Camargo (MG) – Lafaiete Bandeira (MG); Cavaru (RJ) – Ambaí (RJ); Biagípolis (SP) – Itaú (MG); e Ribeirão Preto (SP) – Passagem (SP).

27. De igual forma ao TAC I, foram encontrados pela ANTT diversos problemas nas vias que compõem esses trechos como, por exemplo, vegetação alta sobre a via, invasão da faixa de domínio, retirada de materiais da superestrutura, supressão de lastro para revestir estrada vicinal, etc.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

28. Dessa forma, o termo de ajuste determinava que a concessionária deveria, de imediato e nos prazos estipulados na avença, recuperar os referidos trechos com vistas a atender à demanda de transporte de cargas a ser contratada, em conformidade com as especificações constantes no instrumento.

29. A cobrança das multas aplicadas anteriormente por meio dos Autos de Infração 221.013 a 221.018, 221.028 a 221.033, 221.043 a 221.048, 221.049, 221.050 e 221.069 a 221.072 foi suspensa até posicionamento definitivo da ANTT sobre a adimplência da concessionária, nos prazos pactuados, com relação às obrigações estipuladas no referido TAC.

30. O descumprimento do termo de ajuste tinha tão somente como consequência a abertura de processo administrativo para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis.

Dos TACs assinados com a Ferrovia Novoeste S.A (Novoeste)

TAC assinado em 28/4/2005 (peça 25, p. 43-45)

31. Esse termo de ajuste teve por objeto a regularização da situação de vários trechos da via permanente concedida a Novoeste que se encontravam em condições de abandono, sem manutenção. Foram identificadas diversas irregularidades:

a) vegetação alta sobre a via;
b) invasão da faixa de domínio em seis trechos;
c) quantidade elevada de dormentes inservíveis;
d) inexistência de dispositivos de drenagem nas vias;
e) quantidade insuficiente de pessoal mobilizado na via para a manutenção.

32. Com relação ao material rodante, detectou-se em fiscalizações da ANTT que ele se encontrava disperso, sucateado e sem controle de guarda; havia transferência irregular de parte do material para outras concessionárias, com geração de receita do seu aluguel sem o devido repasse de parte dos ganhos auferidos ao Poder Concedente; ausência de investimentos na manutenção da frota, etc.

33. Ademais, foi consignado o descumprimento das metas anuais de produção e segurança pactuadas para o quinquênio anterior e a necessidade de formalização das metas pactuadas para o quinquênio posterior. Também foi verificado que a concessionária estava inadimplente com as obrigações referentes ao pagamento do lance vencedor do leilão pela concessão e o arrendamento dos bens operacionais vinculados à malha, os quais, a preços de 1/4/2005, correspondiam, respectivamente, a R$ 5.086.158,84 e R$ 150.296.522,86.

34. As multas anteriormente já aplicadas por meio das Notificações de Autuação 221.019 a 221.027 e 221.080 a 221.084 foram suspensas até decisão em definitivo da ANTT sobre a adimplência da concessionária, nos prazos pactuados, com relação às obrigações estipuladas no termo de ajuste.

35. Previa-se que o descumprimento do TAC tinha apenas por consequência a abertura de processo administrativo para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis

TAC assinado 28/2/2008 (peça 25, p. 41-42)

36. Por meio da Nota Técnica 27/Gefic/Sucar, de 25/2/2008, entendeu-se que a normalização da operação de transporte ferroviário na malha oeste teria sido atendida, mesmo que os trechos Indusbrasil – Agente Inocêncio e Indusbrasil – Maracaju ainda não estivessem regularizados. Nesse expediente, sugeriu-se, ainda, a celebração de novo acordo para ajuste de conduta sobre os trechos que ficaram pendentes (3º vol, p. 77-83).

37. Por isso, o TAC dispôs sobre as especificações pelas quais a concessionária teria que se basear na recuperação dos dois segmentos ainda irregulares e fixou prazo até 31/12/2008 para o trecho Indusbrasil – Miranda e 31/12/2009 para os demais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

38. O descumprimento do TAC tinha apenas por consequência a abertura de processo administrativo para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis.

Dos TACs assinados com a América Latina Logística Malha Paulista S.A (ALLMP) ou Ferrovias Bandeirantes S.A (Ferroban), sua anterior denominação

TAC assinado em 28/4/2005 com a Ferroban (peça 25, p. 34-37)

39. O TAC teve por objeto criar condições para a regularização de três problemas centrais detectados na concessão da Ferroban: descumprimento das metas de produção e segurança pactuadas no quinquênio anterior; necessidade de formalização das metas pactuadas para o quinquênio posterior; e descaso com a manutenção de vários trechos da malha concedida e do material rodante arrendado.

40. Em relação à via permanente, foram identificados pela fiscalização da ANTT vários problemas de manutenção em diversos trechos da malha, ruptura de taludes de corte, vegetação alta, invasão de faixa de domínio, excesso de lixo e entulho, deficiências na fixação de dormentes, etc.

41. Quanto ao material rodante, foram identificados a falta de alocação de recursos suficientes para a manutenção da frota, seu sucateamento e inutilização sem qualquer preocupação com a devida manutenção, etc.

42. Diante do quadro, o TAC determinou a recuperação dos trechos da via permanente, além da inventariação, organização e recuperação do material rodante arrendado, além de estipular metas a serem cumpridas para o quinquênio 2005 – 2009.

43. A cobrança das multas aplicadas anteriormente por meio dos Autos de Infração 221.034 a 221.041, 221.075 a 221.079, 221.087 e 221.088 foi suspensa até verificação em definitivo da ANTT sobre a adimplência da concessionária, nos prazos pactuados, com relação às obrigações estipuladas no termo de ajuste.

44. O descumprimento do TAC tinha apenas por consequência a abertura de processo administrativo para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis.

TAC assinado em 27/2/2009 com a ALLMP (peça 25, p. 28-33)

45. Tendo em vista que a Superintendência de Serviços de Transporte de Cargas (Sucar/ANTT) considerou integralmente cumpridas as determinações do TAC anterior assinado em 28/4/2005, o novo ajuste objetivou a regularização da situação relativa à manutenção, substituição, conservação e destinação do material rodante vinculado à concessão da ALLMP.

46. Por isso, o acordo em tela determinou a apresentação, pela concessionária, de plano de devolução de material rodante que não tivesse mais interesse em utilizar, regularização daquele que se encontrava transferido a outras concessionárias sem autorização do Poder Concedente, bem como dos que foram transformados, além de plano de recuperação e substituição do material inoperante.

Do TAC assinado com a América Latina Logística Malha Paulista S.A (ALLMP) e América Latina Logística Malha Sul S.A (ALLMS) em 29/11/2010, com relação à cessão de cabos de fibra ótica (peça 25, p. 52-58)

47. Este TAC refere-se apenas à determinação de pagamento de diferenças apuradas nos 10% da receita líquida das concessionárias devidos ao Poder Concedente em vista da cessão de linhas de fibras óticas pelas concessionárias à Telecomunicações de São Paulo S.A (Telesp).

48. As empresas se comprometeram a pagar as disparidades apuradas no valor devido, detectadas em razão da aplicação equivocada de taxas de juros simples na atualização dos valores devidos por essas companhias.

49. O descumprimento do TAC tinha apenas por consequência a abertura de processo administrativo para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

Do TAC assinado com a Vale S.A. assinado em 14/7/2015 (peça 24, p. 12-19)

50. O referido termo tem por objeto a adequação da Estrada de Ferro Vitória – Minas (EFVM) e do Trem Turístico Ouro Preto – Mariana às exigências de acessibilidade a pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida nos termos do Decreto 5.296, de 2004.

51. O presente TAC, ao contrário dos informados até o momento, previa, em caso de descumprimento, que a concessionária deveria arcar com uma multa diária no valor de R$ 10.000,00, cuja contagem tinha início a partir da identificação, pela fiscalização da ANTT, de eventual inadimplemento.

Do TAC assinado com a ALL Malha Paulista S.A (ALLMP) e a MRS Logística S.A (MRS) em 5/4/2013 (peça 25, p. 38-40)

52. O acordo teve por objeto a chancela a cláusulas do Termo de Compromisso assinado entre as duas concessionárias, em que foram estipuladas as disposições para o funcionamento regular do direito de passagem da malha da MRS em favor da ALLMP, com vistas ao acesso ao Porto de Santos.

53. Por isso, foram definidos requisitos mínimos para a circulação provisória de trens e sinalização definitiva na segunda linha do trecho Perequê (SP) – Cubatão (SP), em Cubatão (SP) – Santos (SP), no pátio de Areais e entre Areais (SP) e Piaçaguera (SP), de modo a permitir a conexão da nova passagem e demais trechos ao sistema ferroviário em operação na baixada santista.

54. Outrossim, o termo de ajuste determinou os valores de multas a serem pagas entre as concessionárias em caso de inadimplência contratual por cada uma delas.

55. Registre-se que o próprio TAC, em adição às penalidades já acordadas entre as partes, estipulou, ainda, nova multa diária a ser aplicada pela ANTT no valor 10.000 VBU, limitada a dez dias.

Do TAC celebrado entre a ANTT, o Ministério Público Federal (MPF) e a ALL Logística do Brasil S.A, atual ALL Malha Sul S.A em 23/9/2004 (peça 25, p. 18-27)

56. O presente termo de ajuste de conduta objetivou a retomada da operação normal do transporte ferroviário no trecho Presidente Epitácio (SP) – Presidente Prudente (SP), cuja dimensão alcança aproximadamente 90 km.

57. Antes da assinatura do acordo, havia sido detectada uma série de irregularidades no trecho, as quais precisavam de regularização para que se pudesse efetivar a retomada do transporte ferroviário na linha:

a) Vegetação alta;
b) Passagens de nível clandestinas;
c) Invasões da faixa de domínio;
d) Alto índice de trilhos e dormentes comprometidos;
e) Pátio de presidente Epitácio desativado; entre outras.

58. Estabeleceu-se o prazo de 120 dias para execução dos serviços estipulados e uma série de especificações que deveriam ser cumpridas nos serviços de recuperação do trecho.

59. Estipulou-se, ainda, que a inobservância de prazos, condições e cláusulas convencionadas implicaria na aplicação de multa diária de R$ 30.000,00, valor atualizável mensalmente a partir da data de assinatura, sem prejuízo de eventual propositura de execução de obrigações de fazer ou de não fazer existentes no TAC.

60. Frise-se que o presente ajuste difere dos demais celebrados pela ANTT, pois contou com a participação do MPF e, como será melhor analisado adiante, foi o único TAC assinado pela Agência que tem por base a Lei de Ação Civil Pública (LACP) e, por conseguinte, possui força de título executivo extrajudicial.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

Da legalidade dos TACs assinados pela ANTT (alínea "a" do presente tópico e alínea "a" da oitiva) e da ausência de disposição expressa de penalidades em caso de não cumprimento dos seus termos, havendo tão somente a genérica previsão de abertura de processo administrativo para apurar fatos e aplicar sanções (alínea "b" do presente tópico e alínea "c" e "d" da oitiva)

Argumentos da ANTT (peça 23)

61. A Agência alegou que não assiste razão ao Representante e ao Ministério Público quando afirmam que os TACs no âmbito da ANTT não estão enquadrados na previsão legal da Lei 7.347, de 1985. Sobre isso, afirmou que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que o Poder Público pode transigir e celebrar acordos administrativos. Nessa linha, citou o Recurso Extraordinário 253.885/MG (Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ – 21/6/2002, p. 118).

62. Consignou, ainda, que os ajustes celebrados pela ANTT visam ao atendimento do interesse coletivo, na medida em que os contratos de concessão atendem aos interesses da sociedade brasileira, e não foram celebrados em benefício próprio das partes, até porque não se trataria de uma avença entre particulares. Nessa condição, a ANTT não é parte de nenhum contrato visando interesses próprios e particulares.

63. Acrescentou que as autarquias estão previstas expressamente como legitimadas ativas para a proposição de ação civil pública e do TAC previsto na Lei da ACP. Muito embora a norma se destinasse ao disciplinamento da ação civil pública, o referido dispositivo deve ser entendido num contexto maior, em que a administração deveria buscar mecanismos para o saneamento de condutas de forma não litigiosa, tanto no âmbito judicial como no administrativo, ou seja, deve fomentar formas consensuais de solução de contendas com vistas a atender da melhor maneira o interesse público. Para exemplificar, foi mencionado que o instituto dos TACs tem sido utilizado por outras agências reguladoras federais, a exemplo da Anatel, Aneel e ANS.

64. Expôs, ainda, que o caráter normativo do contrato de concessão procura, assegurando sua necessária estabilidade temporal, fixar as regras e procedimentos para adaptar, ao longo dos anos, sua execução à realidade. E, segundo a Agência, essa característica relacional do contrato de concessão valorizaria o consenso, e não o unilateralismo. Nessa condição, estaria inserta a relevância do instituto do TAC no âmbito regulatório como mecanismo consensual para reconduzir a execução contratual rumo à regularidade.

65. Além disso, informou que o processo sancionatório tradicional possui eficácia limitada. Cotejando dados da prestação de contas do governo, no exercício de 2011, expôs que, de cerca de 997 mil multas aplicadas – correspondendo a aproximadamente R$ 29 bilhões –, apenas R$ 1,7 bilhão foram efetivamente pagos, ou seja apenas 5,7% do total.

66. Concluiu que o entendimento do MPTCU, caso aceito, restringiria a atividade regulatória exclusivamente ao processo sancionador e, no limite, a sucessivas declarações de caducidade, em contraposição à evolução do direito regulatório moderno.

67. Citou, por fim, os Acórdãos 764/2015-TCU-Plenário (TC 020.539/2010-0), 6.324/2012-TCU-Plenário e 3.068/2012-TCU-Plenário como exemplos de julgados em que o colegiado teria referendado a lisura da assinatura dos termos de ajuste de conduta.

Análise

68. A questão em tela foi discutida na instrução da peça 69. Naquela oportunidade, esta Unidade Técnica defendeu que a ANTT é legitimada para propor ACP e, por derradeiro, o TAC regulado na Lei 7.347, de 1985, apenas no âmbito da defesa imediata dos interesses coletivos e difusos. Assim, o emprego de tal instituto só poderia ser invocado pela entidade quando houvesse uma correspondência direta na relação processual entre o legitimado – com fins de proteção, reparo ou compensação – e o causador do dano. Para esses casos, o termo de ajuste possuiria o atributo de executoriedade extrajudicial, por força do que prevê o art. 5º, §6º daquele diploma legal.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

69. A partir de tal premissa, concluiu-se que, se o TAC objetivar a correção da inadimplência contratual da concessionária, o instituto previsto pela Lei da ACP não poderia ser usado como fundamentação, pois a relação não seria imediata, mas intermediada por um contrato (relações contratuais de direito público).

70. Desse modo, o modelo de TAC regulado pelas Resoluções 442, de 2004, e 5.083, de 2016, não encontraria guarida na Lei da ACP, mas somente na Lei 10.233, de 2001, que estabelece as competências genéricas regulatórias e institucionais da ANTT. Portanto, o termo de ajuste previsto pela regulamentação da Agência não possuiria executoriedade extrajudicial e, assim, não poderia criar obrigações de fazer ou instituir multas em caso de descumprimento de seus termos.

71. Em que pese o raciocínio defendido, não foi ele que prevaleceu na visão do colegiado do Tribunal, que acompanhou o entendimento esposado pelo Exmo. Ministro Relator Walton Alencar no voto que acompanha o Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário. Em resumo, assim se manifestou sobre a questão (peça 110, p. 3-6):

> 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, incialmente 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:
> (...)
> 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.
> (...)
> 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:
> (...)
> 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:
> (...)
> 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**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

> 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**.
> (...)
> 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 possiblidade 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).
> (...)
> 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.
> (...)
> 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 haverão de contribuir para melhoria dos serviços regulados, além de desestimular o concessionário a incorrer em futuras transgressões da avença e da legislação regulatória. (grifos nossos)

72. Assim, tendo em vista o posicionamento adotado por este Tribunal sobre o tema, **considera-se insubsistente a alegação da peça inicial consubstanciada na ilegalidade da regulamentação relativa ao objeto da representação** (alínea "a" do presente tópico). Porém, mantêm-se, em linha com a deliberação do Plenário, os seguintes entendimentos: i) a utilização dos TACs pela Agência não pode ser feita de maneira indiscriminada a ponto de desvirtuar o contrato de concessão pela alteração de metas pactuadas no termo de ajuste, sob pena de frustrar o certame licitatório ou de estimular a impunidade pela inadimplência contumaz do concessionário infrator; e, ii) os termos de ajuste de conduta, para que sejam eficazes em seus objetivos, devem prever compensação extraordinária pelos danos causados na prestação dos serviços, com o objetivo de assegurar o reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratante e da modicidade tarifária, não podendo ser realizados à custa de assunção ou diminuição das obrigações ordinárias já estabelecidas no contrato de concessão.

73. Relativamente à ausência de previsão de penalidades em razão de descumprimento do TAC, o caso da Transnordestina – tratado no âmbito do Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário – ensejou a adoção de medidas por parte deste Tribunal para a correção da falha detectada na respectiva regulamentação da ANTT – a qual permitia à Agência celebrar os acordos sem previsão de medidas compensatórias para eventual inobservância das obrigações neles estabelecidas. Vejam-se os itens 9.2 e 9.3 da deliberação:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

9.2. 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 apenas contenham, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis, ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, uma vez que tal cominação não é capaz de compelir, como visto, os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, em afronta aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público;

9.3. 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), a fim de estabelecer critérios mais rigorosos para celebração dos referidos acordos substitutivos 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;

74. Tendo em vista que os TACs firmados não previam cominações a serem empregadas para o caso de descumprimento dos deveres pactuados, e reconhecendo-se a omissão normativa como indevida, **a responsabilização dos gestores por tal ato deve ser avaliada com base nas razões de justificativa apresentadas em decorrência de audiência prévia, na forma do encaminhamento proposto nesta oportunidade, em sintonia com os termos da deliberação deste Tribunal aplicada ao caso da Transnordestina (item 9.4.3.2 do Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário)**.

Do parcelamento de dívidas já vencidas por meio de TAC (alínea "c" do presente tópico e alínea "b" da oitiva)

75. Nenhum dos dez TACs relacionados nesta instrução trataram de parcelamento de dívidas vencidas. Portanto, inexistem irregularidades com relação à alínea "c" do presente tópico.

Da suposta desídia administrativa ao se conceder novo prazo para correção de irregularidades em consequência das quais já se havia aplicado multa (alíneas "d" e "e" do presente tópico)

Argumentos da ANTT (peça 23)

76. A Agência alegou que os TACs por ela celebrados não são de natureza substitutiva às penalidades previstas nos contratos de concessão. Isso porque os referidos termos suspendem os processos administrativos de apuração das supostas irregularidades e adotam medidas compensatórias céleres que visam ao atendimento do usuário.

77. Nessa linha, estabeleceu comparação com os dispositivos da Lei da ACP, em que o Ministério Público, ao optar pela celebração de TACs em detrimento da propositura de ação civil pública, o faz em razão da percepção de que o instrumento se mostraria, no caso concreto, mais eficiente e eficaz na resolução da questão.

78. Esclareceu que a ocorrência de desconformidade contratual não se traduz automaticamente em culpa do concessionário. O fato tido como irregular poderia ter sido causado por terceiro, por fato da natureza ou por responsabilidade da própria administração.

79. Explicou que a celebração do TAC com previsão de medidas compensatórias teria por finalidade o atendimento ao interesse público de forma mais célere, pois a concessionária assumiria a responsabilidade pela correção das desconformidades apontadas, independentemente do procedimento instaurado para apurar a sua culpa, limitando, inclusive, a posterior judicialização do processo, um dos principais fatores da baixa eficácia no recolhimento de multas pelos órgãos da administração.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

80. Quanto à alegação do MPTCU de que a ANTT estaria buscando "negociar punições já aplicadas", aventou que todo o esforço despendido pela Agência para a celebração de TACs partiu da certeza da imprescindibilidade da execução dos contratos por ela celebrados. Ou seja, o intuito da entidade seria exatamente o contrário do que foi alegado pelo *Parquet*. Com a celebração dos termos de ajuste, objetivou-se garantir a execução do contrato e não alterar o seu objeto ou privilegiar as concessionárias.

Análise

81. Sucintamente, o TAC é uma forma de ajuste em que a compromitente objetiva compelir o compromissário a conformar sua conduta para a legalidade, cessando atos contrários às normas vigentes. Portanto, para que o compromitente tenha sucesso em sua empreitada, urge-se dar incentivos ao compromissário infrator para que este anseie a transformação dos seus atos irregulares em direção à conformidade com a lei.

82. Neste sentido, o termo de ajuste, de algum modo, deve conferir vantagens ao infrator caso conforme sua conduta ao esperado. No âmbito do TAC regulatório da ANTT, tais vantagens têm sido conferidas sob a forma de promessa de que as multas já aplicadas não serão cobradas, caso o objeto da avença seja cumprido. Por isso, as multas têm sua cobrança suspensa enquanto não finalizado o prazo de cumprimento firmado no TAC.

83. Tais penalidades transacionadas geralmente são de origem contratual, as quais são aplicadas em vista de irregularidades detectadas ao longo da sua execução. Portanto, o valor pecuniário da multa, em seu cerne, não faz parte do objeto da concessão, pois o objetivo maior da administração pública, quando concede um serviço público, é a sua prestação regular, adequada e eficiente à sociedade nas condições acertadas por meio da licitação e da contratação.

84. Logo, entende-se que tais penalidades podem ser mitigadas – ou até canceladas –, caso o objetivo seja compelir a concessionária infratora ao cumprimento das respectivas cláusulas contratuais infringidas que deram ensejo à sua aplicação.

85. Tal entendimento é possível quando se apreende que a multa não tem fim em si próprio, mas é apenas um meio para o alcance do bem público, este sim indisponível, não passível de transação: a prestação regular, adequada e eficiente do serviço público à sociedade.

86. Entender a multa como bem indisponível, apenas por já ter sido aplicada, seria o mesmo que se afirmar absurdamente que o enriquecimento do erário, por meio da cobrança de penalidades, fosse, por si só, do interesse público.

87. Sobre o assunto, SUNDFELD (2011, p. 9) explica:

> Não se trata de, em prol da eficiência, trocar o cumprimento da lei por uma opção com ela incompatível. É incorreto presumir um embate entre a legalidade (representada pela aplicação da multa) e a eficiência (que seria atingida pela realização de um acordo substitutivo).
>
> Ao se optar por um acordo substitutivo se está respeitando e dando cumprimento às normas jurídicas. Atende-se, pois, tanto ao primado da legalidade quanto ao princípio da eficiência (ambos igualmente dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal). A celebração de acordo substitutivo, quando se mostrar a solução mais eficiente, não importará a desconsideração do dever jurídico objeto do acordo, constituindo em verdade uma maneira alternativa de lhe dar cumprimento. (SUNDFELD, Carlos Ari, *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jul. 2011)

88. Deve-se ressaltar, entretanto, que não basta apenas prever o afastamento da cobrança das multas aplicadas e a aplicar, **pois estabelecer apenas a benesse em caso de adimplemento, sem aumentar o ônus por descumprimento, pode levar à desídia dos compromissários**. Isso porque tal situação leva à percepção de que a concessionária, assinando ou não o TAC, já está na pior situação que poderá se encontrar, de modo que sua inércia, diante das obrigações ajustadas no TAC para a correção de irregularidades, não prejudicará ainda mais seu contexto jurídico e/ou financeiro.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

89. Portanto, o problema não está em se conceder prazo para a correção de irregularidades no contexto da assinatura de um TAC. Também não se encontra na substituição da multa aplicada em prol da correção das ocorrências que ensejaram a sua aplicação. A irregularidade está na engenharia deficiente que atualmente se detecta nos termos de ajuste celebrados pela ANTT, os quais não preveem, concomitante às benesses admitidas em caso de cumprimento, ônus maiores aos adotados anteriormente à celebração do acordo, o que poderia efetivamente compelir o compromissário à adimplência do termo. Tal assunto será melhor abordado adiante.

90. Ante o exposto, **não se detecta irregularidades no que tange às alíneas "d" e "e" do presente tópico**.

Da impossibilidade de execução dos TACs em caso de descumprimento e da promoção de mercado desequilibrado (alíneas "b", "g" e "h" do presente tópico e alíneas "c", "d" e "f" da oitiva)

Argumentos da ANTT (peça 23)

91. A Agência alegou que, ao celebrar o TAC, as concessionárias firmam compromisso para a execução de ações necessárias à prestação do serviço público, o qual corresponde ao interesse primário no âmbito de uma concessão. Informou, ainda, que o TAC é um título executivo extrajudicial e que uma das cláusulas dos ajustes celebrados pela entidade suspenderia o curso dos processos administrativos apuratórios – conforme Resolução ANTT 442, de 2004 –, e o seu descumprimento levaria à execução judicial do TAC e à continuidade dos processos administrativos.

92. Acrescentou que a celebração do termo de ajuste não isenta a concessionária do cumprimento da obrigação que deu origem à sanção pecuniária, assim como todas as outras que foram acordadas em contrato e aquelas adicionais, decorrentes do TAC.

93. Quanto à alegação de desequilíbrio no mercado, consignou que inexiste qualquer instabilidade resultante das avenças, uma vez que as obrigações assumidas não eram originariamente previstas nas respectivas outorgas, sendo proporcionais aos valores de multa eventualmente aplicáveis às concessionárias ao término dos processos, em virtude de condutas somente aferíveis no decorrer das concessões.

Análise

94. Conforme foi visto na seção sobre a descrição dos objetos dos TACs, a cobrança das multas aplicadas anteriormente, caso houvesse, eram suspensas até verificação em definitivo da ANTT sobre a adimplência da concessionária, nos prazos pactuados, com relação às obrigações estipuladas no referido termo de ajuste. Ademais, o descumprimento dos acordos ensejava apenas a abertura de processo administrativo para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis.

95. Essa irregularidade foi enfrentada pelo Colegiado do TCU por ocasião da deliberação concernente à análise do caso da Transnordestina (Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário), nos autos deste processo, e que resultou nos seguintes encaminhamentos (peça 109, p. 1-2):

> 9.4. 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:
> 9.4.1. **a regulamentação dos termos de ajustamento de conduta promovidos pelos artigos 16 e 18 da Resolução ANTT 442/2004** (sucedida pela Resolução ANTT 5.083/2016), embora encontre amparo nas competências regulatórias contidas na Lei 10.233/2001, **não teve o condão de garantir efetivo cumprimento das obrigações pactuadas nos Termos de Ajuste de Conduta** (TACs) assinados com as concessionárias da Malha Nordeste, Companhia Ferroviária do Nordeste e Transnordestina Logística S.A., **por falta de previsão de cominações para o caso de**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

> **descumprimento de tais obrigações, com eficácia de título executivo extrajudicial**;
> 9.4.2 **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**;
> 9.4.3. 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**:
> (...)
> 9.4.3.2. **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**;
> 9.4.3.3. **falta de exigibilidade das obrigações pactuadas** (impossibilidade de execução judicial); (grifos nossos)

96. No voto que acompanha a referida deliberação, a questão das cominações previstas nos TACs da Transnordestina, semelhantes àquelas adotadas para os termos de ajuste sob análise, foi assim pontuada pelo Ministro Relator (peça 110, p. 11-12):

> 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.
> (...)
> **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.
> (...)
> 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, **ressente-se de lacunas que a tornam mera recomendação ao concessionário para correção de pendências, destituída qualquer consectário jurídico 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.
> (...)
> **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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

> 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. (grifos nossos)

97. Observa-se, assim, pelo caso relativo à Transnordestina, que o Tribunal já considerou a regulamentação da matéria contida na Resolução ANTT 442/2004 como insuficiente para compelir o concessionário ao cumprimento regular dos TACs, ante a ausência de previsão de cominações com eficácia de título executivo extrajudicial para que sejam observadas as obrigações neles previstas (itens 9.4.1 e 9.4.2 da deliberação). **Tal lacuna, inclusive, deu ensejo à determinação para a realização de audiência dos responsáveis (item 9.4.3.3 e 9.6.1), de modo que, em razão da transversalidade da matéria, a medida deve alcançar, entre as propostas sugeridas nesta oportunidade, os termos de ajuste aqui tratados e que foram firmados sob a égide daquela norma (substituída posteriormente pela Resolução ANTT 5.083/2016)**.

98. Ainda sobre esse assunto, convém ressaltar que existe uma lógica econômica subjacente nessa falha normativa, que consiste na possibilidade das concessionárias inadimplentes se beneficiarem do próprio descumprimento do termo firmado. Veja-se que, se a empresa comete culposamente falta passível de aplicação de penalidade, dada a ausência de previsão de sanções adicionais e extraordinárias no futuro, lhe é vantajoso postergar a respectiva condenação ao máximo, de modo que o valor da multa imposta possa ser reduzido com o passar do tempo – em razão, por exemplo, do comportamento da inflação no período ou mesmo devido ao ganho de capital decorrente da aplicação do montante correspondente em investimentos financeiros, em detrimento do seu pagamento imediato.

99. Portanto, a empresa tem incentivos econômicos na impetração de recursos administrativos em todas as instâncias admissíveis, independentemente de possuir justificativas plausíveis para discutir a infração cometida.

100. De qualquer forma, a deficiência normativa reconhecida pelo Tribunal não invalida por si só os TACs, uma vez que a respectiva regulamentação possui respaldo nas competências legais da Agência. No entanto, ao prever apenas a cominação de retomada, ou início, dos processos administrativos, os ajustes, de fato, não conseguem compelir o compromissário a efetivar suas obrigações firmadas – o que ensejou a determinação de apuração das responsabilidades e audiência também quanto a essa ocorrência pelo Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário (itens 9.4.3.2 e 9.6.1), relativamente ao caso da Transnordestina.

101. Nesse sentido, se a ANTT passa a oferecer ajuste administrativo em que a concessionária infratora é beneficiada com mais tempo para pagar a multa – neste caso, por meio da suspensão dos processos correlatos de apuração e/ou penalidade –, exigindo em troca apenas intenções, e não obrigações para correção das condutas – dada a ausência de título executivo extrajudicial dos TACs –, a empresa sempre vai ansiar por firmar o acordo, pois, mantendo-se inerte, estará ganhando o tempo da suspensão dos processos, sem arcar com qualquer penalidade adicional pela falta de comprometimento com o termo firmado. Dessa forma, prevê-se que os TACs tendem a ter baixo índice de cumprimento das medidas neles estipuladas.

102. A inexistência de consequências diretas e passíveis de serem impostas na hipótese de descumprimento dos TACs devido à falta de previsão clausular mostra-se grave, pois afasta as condutas dos administrados do interesse público, já que a finalidade do termo de ajuste não é alcançada com sua assinatura pela ANTT. Soma-se a isso a materialidade (os projetos de infraestrutura são da ordem de bilhões de reais) e relevância para o contexto econômico-social do país das relações contratuais manipuladas por meio desses acordos.

103. Assim, mostrou-se necessário propor medidas saneadoras devido à baixa efetividade de cumprimento dos TACs, o que foi feito no âmbito da instrução de peça 69 do presente processo, que abordou o caso da Transnordestina. As propostas da Unidade Técnica foram então recepcionadas pelo Plenário do Tribunal, que determinou, via Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário (item 9.2), que a ANTT

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

se abstivesse de assinar termos de ajuste de conduta que não previssem medidas compensatórias para as infrações praticadas e apenas continham, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis, ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, uma vez que tal cominação não é capaz de compelir, como visto, os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, em afronta aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público.

104. De igual forma, foi acatada em termos semelhantes, na mesma deliberação (item 9.3), a proposta desta SeinfraPortoFerrovia, no sentido de recomendar à ANTT que desse continuidade ao processo de elaboração da nova resolução que regulamentará a celebração de TACs no âmbito da agência (objeto da Audiência Pública ANTT 10/2017), a fim de estabelecer critérios mais rigorosos para celebração dos referidos acordos substitutivos a dotá-los de efetividade, por meio da inclusão, nos respectivos instrumentos, 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.

105. Portanto, tendo em vista que a determinação e a recomendação já propostas na instrução anterior foram acatadas em deliberação do colegiado desta Corte, conclui-se serem tais medidas adotadas suficientes para o saneamento da questão enfrentada neste tópico, motivo pelo qual entende-se não ser necessário o encaminhamento de ações adicionais nesta oportunidade. **A exceção diz respeito à apuração de responsabilidades quanto à ocorrência de falta de estipulação de compensações pelos reiterados descumprimentos contratuais ocorridos desde o início da vigência da concessão e de exigibilidade das obrigações pactuadas (impossibilidade de execução judicial), que foram determinadas na decisão relativa à Transnordestina** (itens 9.4.3.2 e 9.4.3.3, respectivamente, assim como item 9.6.1) **e que, portanto, devem ser estendidas aos casos em tela nesta ocasião, uma vez que também apresentam tais irregularidades**.

Da alteração de metas contratuais por meio de TAC e violação aos princípios da legalidade, isonomia, busca pela proposta mais vantajosa e indisponibilidade do interesse público em vista das alterações promovidas (alínea "f" do presente tópico e alíneas "a" e "e" da oitiva)

Argumentos da ANTT (peça 23)

106. A Agência esclareceu que apenas as metas dos primeiros cinco anos foram estabelecidas em contrato. A partir do 5º ano da concessão, por força do Parágrafo Único do subitem 5.1 – Prestação do serviço e §3º do subitem 5.2 – Da Segurança do Serviço, elas passariam a ser determinadas por meio de um processo de pactuação entre o Poder Concedente e a concessionária para cada quinquênio subsequente.

107. Consignou que esse processo de construção de metas, regulado atualmente pela Resolução ANTT 3.696, de 14 de julho de 2011, inicia-se com a apresentação de uma proposta pela concessionária a qual passa pelo crivo da ANTT, em função das informações de mercado e das declarações de rede da concessionária. A partir desse conflito, chega-se a um consenso de metas para cada trecho.

108. A entidade concluiu que não há o que se falar quanto a eventual ocorrência de alteração das metas contratuais por meio de TAC, pois não foram previamente fixadas em contrato para os anos posteriores. Nesse sentido, acrescentou que o TAC assinado em 20/9/2013 simplesmente ratificou as metas estabelecidas na Resolução ANTT 4.132, de 17/7/2013.

109. Em vista da alegação despendida, o ente regulador argumentou também não ter sido ferida a isonomia dos licitantes, nem ter havido violação ao princípio da proposta mais vantajosa, dado que a celebração dos TACs ocorre durante a execução do contrato, ou seja, em fase posterior ao procedimento licitatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

Análise

110. Dos dez TACs analisados nesta instrução, detecta-se que dois deles previram metas a serem alcançadas pela concessionária para os anos posteriores à assinatura: acordos assinados em 28/4/2005 com a Novoeste e a Ferroban, respectivamente.

111. Os respectivos contratos de concessão estabeleciam metas de produção e segurança para apenas os primeiros anos da vigência contratual. Na Cláusula Quinta, subitem 5.1, de cada contrato se estabelece, para os demais anos da concessão, que seriam pactuadas novas metas entre o poder concedente e a concessionária, para cada quinquênio.

> 5.1 – DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO
>
> (...)
>
> Parágrafo Único - A CONCEDENTE estabelecerá novas metas anuais de produção de transporte que deverão ser pactuadas com a CONCESSIONÁRIA para cada quinquênio subsequente. Para servir de subsidio ao estabelecimento de tais metas, a CONCESSIONÁRIA deverá apresentar à CONCEDENTE as projeções de demanda de transporte ferroviário, devidamente consubstanciadas por estudos específicos de mercado.
>
> (...)
>
> 5.2 – DA SEGURANÇA DO SERVIÇO
>
> (...)
>
> Parágrafo 3º - A CONCEDENTE estabelecerá novas metas anuais, pactuadas com a CONCESSIONÁRIA, relativas à segurança do serviço por ela oferecido para cada quinquênio subsequente. (Contrato de concessão da Novoeste; Contrato de Concessão da Ferroban possui idênticas clausulas)

112. Portanto, não há que se falar em alteração de metas ajustadas, pois a dinâmica contratual estabelecida determinava a sua fixação quinquenal, devendo levar em consideração, para tal definição, a realidade econômica do período a ser considerado.

113. Tal entendimento é, inclusive, corroborado em posicionamento adotado pelo Ministro Relator Walton Alencar no voto que acompanha o Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário, que, em relação ao assunto em tela, assim dispôs:

> 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. (grifo nosso)

114. Ante todo o exposto, considerando que as irregularidades apontadas na inicial com relação à fixação das metas quinquenais não se mantiveram, inclusive no que diz respeito ao mérito aprovado pelo Plenário do Tribunal, dispensam-se medidas corretivas quanto a esse aspecto.

CONCLUSÃO

115. Os autos tratam de representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo (AUFC) a respeito de possíveis irregularidades encontradas nos Termos de Ajuste de Conduta (TAC) celebrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com concessionárias de ferrovias e rodovias.

116. Em suma, o Representante divide as irregularidades em seis tópicos: i) ilegalidade da regulamentação do TAC no âmbito da ANTT; ii) ilegalidades no objeto dos TACs firmados no contrato de concessão da Transnordestina; iii) impossibilidade de execução dos TACs quando de seu eventual

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

descumprimento; iv) descaracterização dos objetos anteriormente licitados; v) promoção de um mercado desequilibrado;e, vi) indício de ocorrência de ato de improbidade administrativa.

117. Em que pese o presente processo tratar da análise de regularidade de todos os TACs firmados pela ANTT, nos termos determinados pelo Exmo. Sr. Ministro Relator (peça 14, p. 9-10), o escopo da presente instrução limitou-se à análise da regularidade dos TACs firmados pela Agência com concessionárias ferroviárias, à exceção dos ajustes assinados no âmbito da Transnordestina, já analisados na peça 69 para atender à Solicitação do Congresso Nacional (TC 012.092/2016-9).

118. Acerca das supostas irregularidades apontadas na inicial, no que concerne à regulamentação do TAC no âmbito da ANTT, transcrevendo a instrução anterior (peça 69) concluiu-se que sua existência é válida e regular, fundamentada nas competências legais da Agência derivadas da sua lei de criação. Contudo, sua utilização não poderia ser feita de forma indiscriminada, de modo que deveria obedecer ao princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo exigível a demonstração de sua vantagem para o poder público em contraponto à aplicação das sanções administrativas ordinárias. Essa questão deu ensejo à realização de audiência dos responsáveis no caso da Transnordestina (Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário), o que deve se refletir também na presente proposta de encaminhamento, com vistas a alinhar os casos das ferrovias sob análise neste Tribunal.

119. Quanto ao mérito dos TACs, na instrução anterior desta Unidade Técnica (peça 69), identificou-se que um dos termos firmados no âmbito da Transnordestina tratou de forma irregular o parcelamento de dívidas vencidas. Porém, relativamente aos termos avaliados nesta oportunidade, não foi detectada a incidência de tal irregularidade em nenhum deles.

120. Especificamente com relação às metas definidas no TAC, verificou-se que não havia que se falar em sua alteração pelos termos de ajuste posteriores, pois a dinâmica contratual estabelecida com a assinatura dos respectivos contratos de concessão determinava a sua fixação quinquenal, devendo levar em consideração para tal a realidade econômica do período a ser considerado.

121. Foi observado também que a regulamentação atual aplicada pela Agência para a assinatura dos termos de ajuste de conduta, consubstanciada na Resolução 5.083, de 2016, da forma como está, não é suficientemente capaz de garantir a efetividade no cumprimento das obrigações compactuadas com o compromissário, dada a falta de incentivos para que este coloque em prática as correspondentes ações.

122. De fato, os TACs ora analisados previam, como cominação por descumprimento, apenas a abertura, ou prosseguimento, dos processos administrativos, para apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis, o que, por sinal, não aumentava o ônus do compromissário em caso de não ser observado o acordo.

123. Concluiu-se, ainda, que não seria reprovável a concessão de prazo para a correção de irregularidades no contexto da assinatura de um TAC, nem na transação da multa aplicada em prol da correção das ocorrências que ensejaram a sua aplicação. O problema existiria na engenharia deficiente que atualmente se detecta nos TACs celebrados pela ANTT, os quais não preveem, concomitante às benesses adotadas em caso de cumprimento, ônus maiores ao admitidos anteriormente à assinatura do termo, o que poderia efetivamente compelir o compromissário à sua adimplência.

124. Em relação a tais questões, a determinação e a recomendação já exaradas no âmbito do Acórdão 2.533/2017-TCU-Plenário (itens 9.2 e 9.3), direcionam-se ao saneamento das questões consideradas irregulares em futuros TACs da ANTT, relativamente aos incentivos para a adimplência do acordo.

125. No que concerne aos ajustes já firmados, cabe a realização de audiência dos responsáveis quanto à ausência de estipulação de compensações pelos reiterados descumprimentos contratuais ocorridos desde o início da vigência da concessão, além da falta de exigibilidade das obrigações pactuadas, na forma deliberada pelo Tribunal no caso da Transnordetina.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) com fundamento no art. 43 da Resolução TCU 259/2014, c/c art. 250, inciso IV, do RITCU, autorizar a formação de processo apartado para que seja feita a identificação e posterior realização das audiências dos responsáveis pela celebração dos TACs assinados com a Ferrovia Centro Atlântica S.A (FCA) em 27/9/2007 e em 10/3/2008; com a Ferrovia Novoeste S.A (Novoeste) em 28/4/2005 e em 28/2/2008; com a América Latina Logística Malha Paulista S.A (ALLMP) em 28/4/2005 e em 27/2/2009; com a América Latina Logística Malha Paulista S.A (ALLMP) e América Latina Logística Malha Sul S.A (ALLMS) em 29/11/2010; com a Vale S.A. em 14/7/2015; com a ALL Malha Paulista S.A (ALLMP) e a MRS Logística S.A em 5/4/2013; e com a ALL Logística do Brasil S.A em 23/9/2004 (neste caso, exceto item b.2 abaixo), acerca das seguintes ocorrências:

b.1) 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;

b.2) falta de exigibilidade das obrigações pactuadas (impossibilidade de execução judicial);

c) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, do relatório e do voto que a fundamentarem ao representante, à Agência Nacional de Transportes Terrestres e ao MPTCU;

d) arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

À consideração superior.

SeinfraPortoFerrovia, 2ª DT, em 18/5/2018.

(Assinado eletronicamente)

David Raick

AUFC - Mat. 8157-4

(Assinado eletronicamente)

Bruna Raniero Fonseca Naoum

AUFC - Mat. 6233-2

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59360635.