

RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO

TC 010.453/2014-8

Fiscalização 218/2014

Relator: Walton Alencar Rodrigues

DA FISCALIZAÇÃO

Modalidade: conformidade

Ato originário: Acórdão 1.234/2014 - Plenário

Objeto da fiscalização: Contrato da concessão da ferrovia Transnordestina

Ato de designação: Portaria de alteração - Sefidtrans 512/2014, de 7/5/2014 (peça 6)

Portaria de alteração - Sefidtrans 740/2014, de 18/6/2014 (peça 12)

Período abrangido pela fiscalização:

Composição da equipe: Paulo Pessoa Guerra Neto (Coordenador) - mat. 8578-2

Alexander Pinheiro Paschoal - mat. 2516-0

Ivan Lúcio Santillo - mat. 8657-6

Rafael Lapa Santos Bezerra - mat. 10220-2

DO ÓRGÃO/ENTIDADE FISCALIZADO

Órgão/entidade fiscalizado: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Ministério dos Transportes (MT)

Vinculação (ministério): Ministério dos Transportes (MT)

Vinculação TCU (unidade técnica): SefidTransporte

Responsável pelo órgão/entidade:

Nome: Jorge Luiz Macedo Bastos

Cargo: Diretor-Geral da ANTT

Nome: Paulo Sérgio Passos

Cargo: Ministro dos Transportes

PROCESSO CONEXO

Não existem processos conexos.

RESUMO

Trata-se de auditoria realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres e no Ministério dos Transportes, no período compreendido entre 9/4/2014 e 27/6/2014, com objetivo de avaliar a conformidade da execução contratual da concessão da ferrovia Transnordestina.

A ferrovia Nova Transnordestina (denominada também como "Malha II") em construção tem como objetivo complementar os 4.238 km da Malha Nordeste (atualmente chamada de "Malha I") concedida pela União à Companhia Ferroviária do Nordeste - CFN em 1997. A nova ferrovia em construção terá 1.728km de extensão e interligará a cidade de Eliseu Martins (PI) aos portos de Pecém (CE) e Suape (PE). Esse eixo ferroviário deverá se tornar um importante canal de escoamento logístico da produção mineral e do agronegócio da região Nordeste.

A partir do objetivo do trabalho, formularam-se as seguintes questões de auditoria:

- 1) As metas contratuais de produção de transporte e de redução do número de acidentes vem sendo cumpridas ao longo do período de vigência do contrato?
- 2) As medidas tomadas pelo poder concedente ante o descumprimento de metas de desempenho estão em conformidade com a legislação pertinente?
- 3) A metodologia empregada pela ANTT para avaliação do orçamento das obras de construção da ferrovia Transnordestina permite a correta quantificação do volume de investimentos necessário?
- 4) Os elementos contidos nos estudos são suficientes para justificar os valores/índices inseridos no novo contrato de concessão?

Os trabalhos foram realizados em conformidade com as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União - NAT/TCU e com observância aos Padrões de Auditoria de Conformidade, sendo utilizadas, entre outras, as seguintes técnicas de auditoria: (1) análise documental; (2) conferência de cálculos; (3) exame de registros; e (4) correlação de informações.

O trabalho constatou que há irregularidades na gestão contratual da ferrovia, no que tange ao acompanhamento das metas contratuais e no gerenciamento das obras de construção do projeto Nova Transnordestina. Quanto ao acompanhamento das metas contratuais, verificou-se que, diante dos descumprimentos recorrentes pela concessionária, a ANTT deixou de aplicar as sanções previstas em diversos dispositivos legais e nas próprias resoluções. Quanto ao gerenciamento da obra de construção da ferrovia Nova Transnordestina, verificou-se ausência de conformidade nas análises dos orçamentos, dos cronogramas e dos projetos executivos dos lotes.

Ademais, foi evidenciado que as obrigações de prazo, valor e objeto pactuadas com a concessionária para construção da ferrovia Transnordestina vêm sendo descumpridas pela concessionária com a anuência da ANTT.

Por fim, a auditoria demonstrou que o contrato de concessão, proveniente da cisão da Malha Nordeste, para a construção e a exploração da Malha II foi celebrado sem a realização de estudos prévios e análises que justifiquem o interesse público e que comprovem a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Diante dos fatos encontrados, propõe-se a realização de audiência dos gestores da ANTT, determinações à Agência no sentido de avaliar a caducidade da concessão pelo descumprimento das metas pactuadas, o levantamento do custo efetivo do empreendimento, assim como a aprovação formal dos projetos pela instância competente, e análise do equilíbrio econômico financeiro do contrato original e do novo contrato de concessão da Malha II, que foi assinado após a cisão de parte da



concessão da Malha Nordeste. O TCU busca, assim, coibir irregularidades e ajudar a melhorar a regulação dos serviços de transporte ferroviário de cargas conduzido pela ANTT.

SUMÁRIO

RESUMO.....	2
SUMÁRIO.....	4
1. APRESENTAÇÃO	5
2. INTRODUÇÃO	5
2.1. Deliberação que originou o trabalho	5
2.2. Visão geral do objeto	5
2.3. Objetivo e questões de auditoria	9
2.4. Metodologia utilizada	10
2.5. Volume de recursos fiscalizados	10
3. ACHADOS DE AUDITORIA.....	10
3.1 - Irregularidades na gestão contratual da concessão ferroviária da Malha Nordeste	10
A) Irregularidades verificadas no acompanhamento pela ANTT das metas contratuais da concessionária TLSA	11
A.1) Irregularidade na celebração de TAC para parcelamento de dívidas de processos que já aplicaram multa:	12
A.2) Parcelamento da dívida proposto pelo TAC ainda sem pagamento	15
A.3) Sobrestamento do processo de caducidade sem motivação devidamente fundamentada	17
B) Irregularidades verificadas no processo de autorização pela ANTT das obras de construção do projeto Nova Transnordestina	23
3.2 - Descumprimento de obrigações pactuadas quanto a prazo, valor e objeto da construção do projeto nova Transnordestina	29
3.3 - Alterações substanciais no contrato de concessão à margem de estudos que justifiquem o atendimento ao interesse público e que comprovem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato original	38
4. CONCLUSÃO.....	49
5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO	51

1. APRESENTAÇÃO

A presente fiscalização teve como objeto a avaliação da conformidade da execução contratual da ferrovia Transnordestina.

2. Ao final do trabalho de campo, o relatório preliminar com os indícios de irregularidades constatados pela equipe de auditoria foi encaminhado para a manifestação da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (peça 70). Ademais, tendo em vista que as irregularidades identificadas podem afetar diretamente o contrato de concessão, em desfavor dos concessionários, as empresas Transnordestina Logística S.A - TLSA e Ferrovia Transnordestina Logística S.A – FTL (peças 71-72) foram notificadas para que pudessem se manifestar e exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório, nos termos do art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

3. O presente relatório também inclui as análises das oitivas encaminhadas pela ANTT (peça 107) e pelas concessionárias Transnordestina Logística S.A - TLSA e Ferrovia Transnordestina Logística S.A – FTL (peça 116), que optaram por apresentar suas alegações de forma conjunta.

2. INTRODUÇÃO

2.1. Deliberação que originou o trabalho

4. Em cumprimento ao Acórdão 1.234/2013-TCU-Plenário, realizou-se auditoria na Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e no Ministério dos Transportes - MT, no período compreendido entre 9/4/2014 e 27/6/2014.

5. Entre as razões que motivaram esta auditoria destacam-se: (a) assinatura de novos contratos após a cisão da concessão em Malha I e Malha II; (b) recorrentes atrasos na conclusão das obras de construção da ferrovia e aumento no orçamento previsto do empreendimento; e (c) descompasso entre a execução física e os desembolsos financeiros da obra da ferrovia Nova Transnordestina.

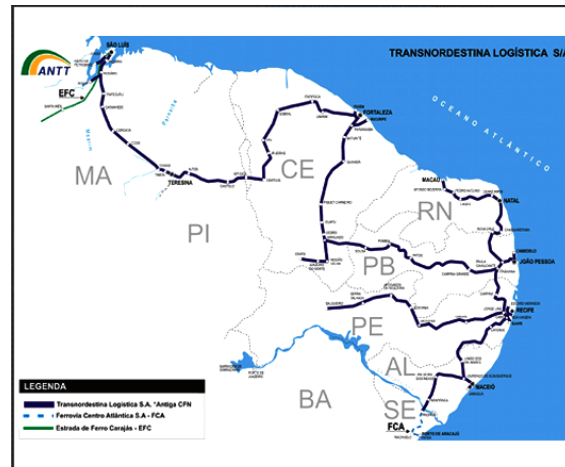
6. A fiscalização está incluída no FISCOBRAS 2014, conforme definido no Acórdão 3.143/2013-TCU-Plenário.

2.2. Visão geral do objeto

7. Na década de 1990, considerando o ambiente econômico, político e fiscal vigente, o Governo Federal decidiu conceder a prestação de serviços públicos de transporte de cargas ferroviário à iniciativa privada. Dentre as malhas ferroviárias concedidas, destaca-se a Malha Nordeste, anteriormente pertencente à extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA. Essa malha possuía extensão total de 4.238km e era composta pelas ferrovias abrangidas pelas superintendências regionais da extinta RFFSA, SR-1 (Recife), SR-11 (Fortaleza) e SR-12 (São Luís).

8. O leilão ocorreu no dia 18/7/1997 na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro e o lance vencedor, no valor de R\$ 15.800.000,00, foi dado pelo Consórcio Manor. Posteriormente, o consórcio vencedor constituiu a Companhia Ferroviária do Nordeste - CFN para a execução do contrato firmado com a União e iniciou a operação dos serviços públicos de transporte ferroviário de cargas em 1/1/1998.

Figura 1: Mapa da Malha Nordeste concedida em 1998



Fonte: ANTT - http://appweb2.antt.gov.br/concessaofer/cfn/mapa_cfn.asp (acesso em 18/8/2014)

9. Em 2004, a concessionária solicitou à ANTT autorização para executar as obras de construção da ferrovia Transnordestina, que foi atendido por meio da Resolução ANTT 1.210/2005. Com base nessa resolução, em 2005, a CFN, a União, a Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE (atual Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE), o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT, o Banco do Nordeste do Brasil - BNB e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES firmaram um documento denominado "Protocolo de Intenções" para a realização do projeto de infraestrutura denominado "Nova Transnordestina".

10. O novo projeto teve como objetivo a construção da "Ferrovia Nova Transnordestina", com trajeto previsto de 1.728 quilômetros de extensão, ligando os portos de Pecém (CE) e Suape (PE) ao município de Eliseu Martins (CE).

Figura 2: Malha Nordeste com o traçado (em pontilhado) do Projeto “Nova Transnordestina”



Fonte: TISA - www.tisa.com.br (acesso em 18/8/2014)

11. Esse projeto, incluído em 2007 no rol de obras do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, inicialmente custaria R\$ 4,5 bilhões e estaria concluído até 2010. Em abril de 2014, o projeto continua incluído no PAC2, contudo ainda não foi concluído.
12. A previsão de conclusão foi estendida para 2016, assim como o custo de construção foi ampliado para R\$ 7,5 bilhões. A obra está sob a responsabilidade da própria concessionária, que mudou de nome em 2008 de CFN para Transnordestina Logística S.A. (TLSA), após a autorização contida na Deliberação 042/2008 da ANTT.
13. Em 2013, após requerimento da TLSA, a ANTT promoveu ajustes significativos no contrato de concessão da Malha Nordeste, autorizando:
 - a) a celebração de termo aditivo ao contrato de concessão para prorrogar o contrato até 2057 e incluir obrigações assumidas pela concessionária, relativas à construção do conjunto de linhas e ramais complementares à Malha Nordeste, excluindo os trechos com superposição na referida malha (Resolução-ANTT 4.041/2013), e;
 - b) a cisão da concessão criando a Malha I (antiga Malha Nordeste) e a Malha II (projeto Nova Transnordestina), assim como definiu os grupos controladores de cada malha. Para a Malha I, permaneceu a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e a Taquari Participações como controladores, e a Malha II tem os seguintes controladores: CSN, Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (FDNE), VALEC e BNDES (Resolução-ANTT 4.042/2013).
14. A Concessionária TLSA também foi autorizada a cindir uma parcela de seu capital social para formar uma nova concessionária, chamada Ferrovia Transnordestina Logística S.A. - FTL, que tem atuação na Malha I.

Figura 3: Situação da Malha Nordeste após a cisão da concessão



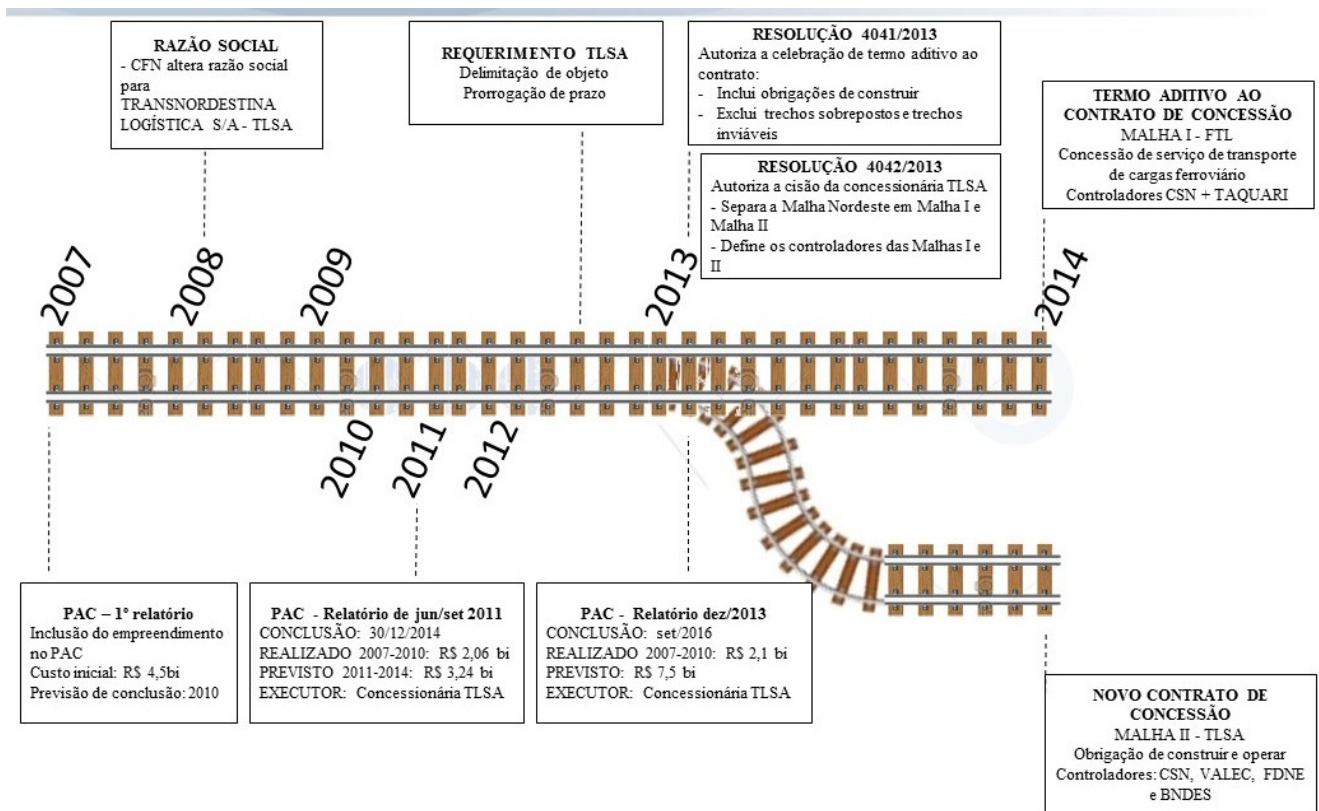
Fonte: Transnordestina Logística S.A. (elaboração: Agência de Desenvolvimento do Ceará - ADECE)

15. Para ajustar as obrigações, em setembro de 2013 um Termo Aditivo ao contrato original de concessão, referente a operação da Malha I, foi assinado pela TLSA para, posteriormente, ser transferido para FTL. A FTL, depois de ser constituída, será a concessionária responsável pela operação dos serviços de transportes ferroviários da Malha I.

16. Em relação à Malha II, em janeiro de 2014 um novo contrato de concessão foi firmado pela TLSA, ANTT e o DNIT para a construção da Malha II e, posteriormente, operação ferroviária exclusivamente pela TLSA.

17. Ainda em setembro de 2013, a ANTT e a concessionária TLSA celebraram Termo de Ajuste de Conduta com o escopo de proceder à correção de irregularidades e pendências relacionadas ao descumprimento das obrigações fixadas nos contratos de concessão e arrendamento firmados em 31 de dezembro de 1997.

Figura 4: Evolução da concessão até a cisão contratual da TLSA



Fonte: SefidTransporte (elaboração própria)

18. Quanto aos recursos necessários para conclusão do empreendimento, as obras de construção da Malha II possuem recursos diretos do OGU e recursos do Fundo de Investimentos do Nordeste - FINOR, além de financiamentos provenientes do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste, do BNDES e do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE). A União vem investindo diretamente no empreendimento por meio da realização das desapropriações e da participação no Capital Social da empresa, que já soma R\$ 564.600.000,00. Somente entre o final de dezembro de 2013 e o início de 2014, a Valec aportou R\$ 400 milhões na Transnordestina Logística S.A. com a finalidade de aumentar o capital da empresa, pela aquisição de 7.278.020 ações do tipo preferencial nominativa (PN).

Tabela 1: Entidades envolvidas no projeto Nova Transnordestina

Gestão	Ministério dos Transportes	Coordenador do Grupo Interministerial de Acompanhamento da Transnordestina
Gestão/ Financiador	Ministério da Integração Nacional	Financiador do Projeto - FINOR/FDNE/FNE
Financiadores	Banco do Nordeste do Brasil - BNB	Agente Operador do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE
		Agente Operador do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste - FDNE
		Agente Operador do Fundo de Investimento do Nordeste - FINOR
	BNDES	Agente Operador dos recursos financiados ao projeto
	SUDENE	Gestor do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste
	VALEC	Aporte de recursos mediante participação acionária
Desapropriações	DNIT	Faixa de domínio entre Missão Velha-Salgueiro
	Governo de Pernambuco	Faixa de domínio no trecho Divisa PE/PI - Salgueiro - Suape (TT 282/2007)
	Governo do Ceará	Faixa de domínio no trecho Missão Velha - Pecém (TT 283/2007)
	Governo do Piauí	Faixa de domínio no trecho Divisa PE/PI - Eliseu Martins (TT 284/2007)
Licenciamento Ambiental	IBAMA	
Outros Licenciamento	Fundação Palmares	
	INCRA	
	IPHAN	
	FUNAI	
Regulação	Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	
Monitoramento	Ministério da Fazenda	Monitoramento das ações que venham impactar em custos para a União
	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	Monitoramento das ações do PAC
Controle	Controladoria Geral da União – CGU	
	Tribunal de Contas da União – TCU	

Fonte: Nota técnica 14/2012 – SEGEST/MT

2.3. Objetivo e questões de auditoria

19. A presente auditoria teve por objetivo avaliar a conformidade da execução contratual da concessão da ferrovia Transnordestina.

20. Cumpre ressaltar, inicialmente, que o escopo do presente trabalho limitou-se à verificação da conformidade da atuação da ANTT na fiscalização, execução e acompanhamento do contrato de concessão da ferrovia Transnordestina, avaliando os recursos empregados pela Agência em face da legislação pertinente. Foi, assim, verificado o cumprimento das cláusulas do contrato de concessão em relação às metas de desempenho da concessionária, as medidas aplicadas pela ANTT diante dos descumprimentos dessas metas, o embasamento técnico utilizado pela Agência na análise de projetos de engenharia, orçamento e prazos relativos à construção da Malha II (Projeto Nova Transnordestina), bem como a regularidade da celebração de um novo contrato entre o poder concedente e a concessionária, visando à construir a nova malha ferroviária da Transnordestina.

21. Por outro lado, destaque-se que não foi escopo desta fiscalização a análise da legalidade da delegação das obras de construção de 1.753km da ferrovia à concessionária sem licitação prévia, amparada tão somente na previsão contratual de a concessionária ter direito de construir ramais e variantes com prévia autorização da Agência, e a legalidade da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) pela ANTT. Estes assuntos poderão vir a ser tratados em outras ações fiscalizatórias deste Tribunal.

22. A partir do objetivo do trabalho, formularam-se as seguintes questões de auditoria:

a) As metas contratuais de produção de transporte e de redução do número de acidentes vem sendo cumpridas ao longo do período de vigência do contrato?

b) As medidas tomadas pelo poder concedente ante o descumprimento de metas de desempenho estão em conformidade com a legislação pertinente?

c) A metodologia empregada pela ANTT para avaliação do orçamento das obras de construção da ferrovia Transnordestina permite a correta quantificação do volume de investimentos necessário?

d) Os elementos contidos nos estudos são suficientes para justificar os valores /índices inseridos no novo contrato de concessão?

2.4. Metodologia utilizada

23. Os trabalhos foram realizados em conformidade com as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União - NAT/TCU e com observância aos Padrões de Auditoria de Conformidade, sendo utilizadas, entre outras, as seguintes técnicas de auditoria:

a) análise documental;

b) conferência de cálculos;

c) exame de registros e sistemas informatizados;

d) correlação de informações e confronto de documentos.

2.5. Volume de recursos fiscalizados

24. O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de R\$ 7.570 bilhões que correspondem a:

a) R\$ 10.275.458,28 - total de multas parceladas por meio de TAC;

b) R\$ 7,56 bilhões - valor do investimento estimado para a construção da Malha II.

3. ACHADOS DE AUDITORIA

3.1 - Irregularidades na gestão contratual da concessão ferroviária da Malha Nordeste

25. O achado trata das irregularidades encontradas na gestão contratual da concessão ferroviária da Malha Nordeste, no que tange à atuação da ANTT no acompanhamento das metas contratuais e no gerenciamento das obras de construção do projeto Nova Transnordestina.

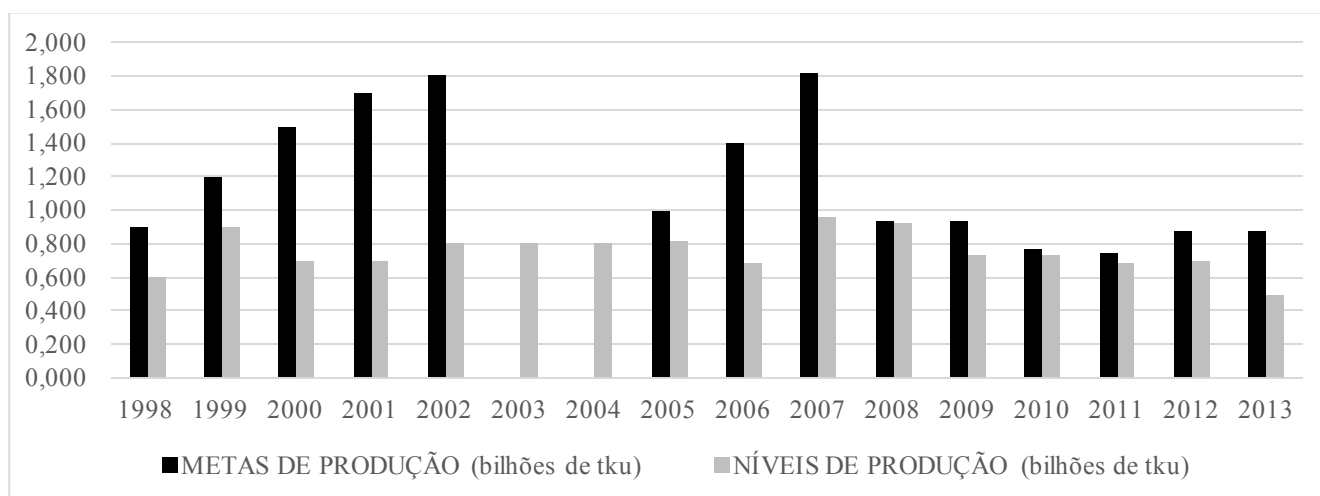
26. Em relação ao acompanhamento das metas contratuais, verificou-se que, diante dos descumprimentos recorrentes pela concessionária TLSA, a ANTT deixou de aplicar as sanções previstas em diversos dispositivos legais e nas próprias resoluções. Quanto ao gerenciamento da obra de construção da ferrovia Nova Transnordestina, verificou-se que a ANTT não procedeu às análises

dos orçamentos, dos cronogramas e dos projetos executivos dos lotes. A seguir, detalham-se as irregularidades constatadas ao longo da auditoria nesses dois itens.

A) Irregularidades verificadas no acompanhamento pela ANTT das metas contratuais da concessionária TLSA

27. Inicialmente, buscou-se as informações necessárias para avaliar as metas de produção e de redução de acidentes pactuadas com a TLSA e o seu respectivo desempenho. O Gráfico 1 apresenta a comparação direta entre as metas de produção pactuadas e os níveis de desempenho alcançados pela concessionária TLSA desde 1998ⁱ, revelando que as metas nunca foram cumpridas ao longo da concessão.

Gráfico 1: Comparação das metas pactuadas com os níveis de desempenho alcançados anualmente pela TLSA ao longo da concessão

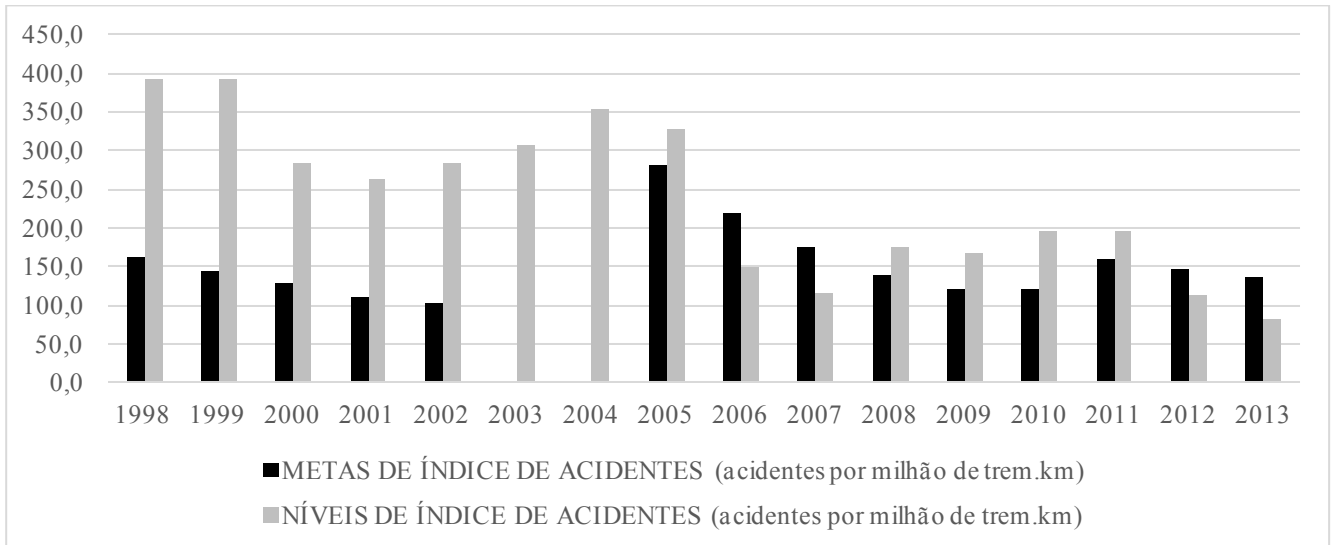


Fonte: Produção própria com base nos Relatórios Anuais da ANTT, Resoluções da ANTT e Sistema de Acompanhamento das Fiscalizações de Ferrovias - SAFF/ANTT.

Nota: nos exercícios de 2003 e 2004, não houve estipulação prévia de metas de produção pelo Poder Concedente, visto que na ocasião a ANTT ainda se encontrava em fase de estruturação.

28. A seguir, o Gráfico 2 também revela o descumprimento habitual das metas fixadas para redução de acidentes da concessionária ao longo no tempo, em que os índices obtidos pela empresa ultrapassam o teto definido pela ANTT na maior parte dos períodos avaliados.

Gráfico 2: Comparação das metas pactuadas como os níveis de redução de acidentes alcançados anualmente pela TLSA ao longo da concessão



Fontes: Relatórios Anuais da ANTT, das Resoluções da ANTT e Sistema de Acompanhamento das Fiscalizações de Ferrovias - SAFF/ANTT

Nota: nos exercícios de 2003 e 2004, não houve estipulação prévia de metas de produção pelo Poder Concedente, visto que na ocasião a ANTT ainda se encontrava em fase de estruturação.

29. Dessa forma, torna-se claro que recorrentemente a concessionária TLSA vem descumprindo as metas contratuais de desempenho e de redução de acidentes. **Ao longo de todo o período da concessão, ou seja, entre 1/1/1998 a 31/12/2013, a empresa concessionária não logrou alcançar nenhuma das metas anuais de produção pactuadas originalmente ou, mesmo, aquelas que resultaram das inúmeras repactuações havidas durante esse período. Ao todo, foram 16 anos de serviços prestados em níveis de desempenho sempre decrescentes**, tal como se constata da análise do Gráfico 1.

30. De forma semelhante se comportaram as metas de redução do número de acidentes, consoante revelam os números do Gráfico 2. **Os dados demonstram ter havido o cumprimento das metas de redução do número de acidentes apenas em 4 anos, do total de 16 anos de serviços prestados.**

31. A partir da constatação de que a concessionária não é eficiente no alcance das metas, a equipe de auditoria buscou avaliar as ações tomadas pela ANTT acerca da: (A.1) celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC para o parcelamento de dívidas de processos que já aplicaram multa, (A.2) parcelamento de dívida proposto pelo TAC ainda sem pagamento e (A.3) o sobrestamento do processo de caducidade sem motivação devidamente fundamentada.

A.1) Irregularidade na celebração de TAC para parcelamento de dívidas de processos que já aplicaram multa:

32. Verificou-se que a ANTT utilizou o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC firmado em 20/9/2013 para fazer o parcelamento de dívidas já vencidas, em vez de dar continuidade ao processo administrativo regular de cobrança da multa. O referido instrumento de acordo relaciona em seu texto o número dos processos em que foram apuradas irregularidades e pendências na execução do contrato de concessão. Entre essas irregularidades, constam infrações relativas a descumprimento de metas, a ausência de manutenção de via permanente, de instalações e de equipamentos, além de outras obrigações não atendidas pela concessionária.

33. Na análise dos processos de penalidade é possível constatar que, na prática, **não houve, até hoje qualquer pagamento de multa por parte da Concessionária**, em que pese as inúmeras infrações por ela cometidas ao longo de toda a concessão. A despeito disso, todas as multas aplicadas até o ano de 2013 foram incorporadas pelo TAC.

34. Entretanto, após analisar os processos administrativos 50500.017812/2010-10 e 50500.033721/2011-02, restou patente que multas por infrações já haviam sido efetivamente aplicadas e já se encontravam em fase de cobrança quando a ANTT as inseriu no instrumento de ajuste de conduta. Os referidos processos administrativos tiveram por objeto a aplicação de multa decorrente de descumprimento de metas de desempenho, para o qual as justificativas da concessionária contra a multa aplicada no valor de R\$ 1.672.646,96 não foram acolhidas pela ANTT. Outro processo, ainda mais antigo, também constante do TAC, 50500.003081/2003-98, teve sua respectiva multa parcelada, ainda que já passados mais de 10 (dez) anos do fato ocorrido.

35. A adoção desse procedimento pelo poder concedente fere o §2º do Art. 1º da Resolução 3.561/2010/ANTT. Tal resolução dispõe sobre o parcelamento de débitos resultantes de infrações praticadas pelas concessionárias, e estabelece, expressamente que "o autuado poderá solicitar o parcelamento (...) antes do vencimento das multas (...)".

36. Outrossim, a inclusão de dívidas no montante de R\$ 10.275.458,28, referente às multas no mencionado TAC, foi feita em desacordo com o art. 3º da Resolução 3.561/2010/ANTT, que condiciona a autorização para parcelamentos acima de R\$ 2.000.000,00 a ato específico da Diretoria da ANTT.

37. A irregularidade em análise ocorreu devido ao descumprimento de normativos da própria agência reguladora quanto a inclusão de multas já vencidas e o seu parcelamento no Termo de Ajustamento de Conduta firmado em 2013.

38. Como consequência, o não recolhimento das multas aplicadas geram sensação de impunidade por parte da concessionária, que por sua vez reiteradamente descumpre o contrato de concessão e as normas da ANTT, afetando a prestação de serviço ao usuário.

Manifestação da ANTT

39. Os argumentos trazidos aos autos (peça 107, p. 38-42) abordaram as vantagens regulatórias em se firmar TAC, ressaltando que o instrumento foi construído com o objetivo de corrigir irregularidades e solucionar pendências. A Agência alegou que, com o objetivo de prevenir a judicialização de conflitos, entendeu que a inserção das multas no TAC propiciaria a cobrança de diversos débitos em um único instrumento com força de título executivo extrajudicial.

40. Defendeu que a resolução que trata do parcelamento de dívidas, Resolução ANTT 3.561/2010, aplica-se indistintamente aos débitos não inscritos na Dívida Ativa e que sejam provenientes de descumprimento de regras contratuais.

41. Ao finalizar, a ANTT afirmou que inexistente norma legal que inviabilize o parcelamento de multas já vencidas ou mesmo sua inclusão em TACs. Acrescentou que o parcelamento se justifica nos casos em que o pagamento dos débitos não foi possível dentro do prazo inicialmente concedido.

Análise da manifestação da ANTT

42. Os argumentos trazidos aos autos pela ANTT buscaram refutar a ideia de que a inclusão de dívidas já vencidas em um TAC é irregular. Antes de adentrar no mérito dos argumentos apresentados, observa-se que o TAC é um instrumento extrajudicial de solução de problemas, motivo pelo qual uma das características primordiais é o seu efeito educativo, como pode ser observado no trecho transcrito a seguir:

Decerto que a utilização do TAC tem um **caráter educativo**, consubstanciado no **objetivo de prevenir a ocorrência de futuras transgressões** e que tal objetivo só é alcançado quanto estiver sedimentado no corpo social a idéia de que é **mais econômico investir na prevenção do que suportar as punições aplicada**. (Santos, Jerônimo Jesus. *Termo de Ajustamento de Conduta*, Ed. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006, p. 43) (grifo nosso)

43. A inclusão de dívidas já aplicadas que possuem por objeto o descumprimento recorrente das metas contratuais pela concessionária no TAC retira o efeito pedagógico deste instrumento. Pior, no caso concreto, além de retirar o seu caráter educativo, o que se observou de fato foi uma ampliação no prazo para o pagamento das sanções pecuniárias já aplicadas. Essa oportunidade concedida pela Agência é, sem dúvida, um estímulo à impunidade e conforme será visto na próxima irregularidade (3.1.A.2.), o parcelamento do TAC firmado em 2013 ainda não havia sido pago quando da auditoria.

44. Ao contrário do que afirma a ANTT, o §2º do art. 1º da Resolução ANTT 3.561/2010 restringe o parcelamento de dívidas já vencidas, pois é certo e claro que a dívida vencida deve, obrigatoriamente, ser enviada para inscrição na Dívida Ativa da União. Nesse sentido, a afirmação de que o parcelamento das dívidas se justifica quando o pagamento dos débitos não foi possível dentro do prazo inicialmente concedido afronta diretamente ao §2 do art. 1º da Resolução ANTT 3.561/2010 e mostra-se como um novo benefício concedido à concessionária sem nenhum efeito educativo ou coercitivo que possa ser revertido ao interesse público. Isso porque: i) a concessionária descumpriu as metas de desempenho e foi apenada em um processo administrativo, ii) deixou de quitar as multas aplicadas até o vencimento e; iii) após a multa vencida, em vez do débito ser enviado para inclusão na dívida ativa, a concessionária ainda tem outra chance de parcelar sua dívida.

45. Portanto as manifestações apresentadas pela ANTT não são suficientes para sanar a irregularidade apontadas, mas diante do pagamento da primeira parcela da dívida, como será analisado na irregularidade seguinte, propõe-se a audiência do responsável e o envio de ciência a Agência de que o parcelamento de dívidas vencidas e não pagas afronta resolução interna que trata do tema, bem como é desprovido de efeito educativo ou coercitivo que possa ser revertido ao interesse público.

Manifestação da TLSA e FTL

46. As concessionárias (peça 116, p. 36-37) alegam que a assinatura do TAC fez parte das negociações de definição dos parâmetros operacionais do Projeto Nova Transnordestina e das premissas, uma vez que, na visão das concessionárias, esse instrumento teria o condão de eliminar pendências de qualquer natureza e definir critérios para a execução do Projeto e a operação da Malha Nordeste como um todo.

47. As concessionárias concluíram que, com base na Resolução ANTT 3.561/2010, esse instrumento de acordo seria adequado para o pagamento de débitos ainda não inscritos na Dívida Ativa.

Análise da manifestação da TLSA e FTL

48. As concessionárias reconheceram que a celebração do TAC fez parte de uma negociação com o intuito de eliminar as pendências existentes junto a ANTT. Por esse motivo, a Agência, visando eliminar quaisquer empecilhos que pudessem atrapalhar a construção e o financiamento do Projeto Nova Transnordestina, incluiu, indiscriminadamente, todos processos administrativos abertos contra a concessionária. Tal alegação reforça que o TAC assinado continha multas aplicadas que se encontravam vencidas.

Análise da responsabilização

49. O Senhor Jean Maфра dos Reis, Superintendente de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas, é o responsável pela assinatura do Termo de Ajuste de Conduta com a

concessionária TLSA em 20/09/2013 para parcelar multas aplicadas em montante superior a R\$ 2 milhões, em afronta ao que preconiza o artigo 1º, §2º, e o artigo 3º da Resolução 3.561/2010/ANTT, quando, a rigor, deveria ter dado continuidade aos processos de cobrança daquelas mesmas multas, que naquela data já haviam sido autuados e se encontravam em trâmite junto à autarquia e ter submetido o TAC à Diretoria para aprovação.

50. Não é possível afirmar que houve boa-fé por parte do responsável nem tampouco que ele não tinha a potencial consciência da ilicitude, tendo em vista que a celebração do TAC ocorreu mesmo depois do próprio responsável ter julgado improcedente, em 18/2/2013, o recurso apresentado pela TLSA diante da multa no montante de R\$ 1.672.646,96 aplicada no âmbito do processo administrativo 50500.033721/2011-02.

51. Era exigida conduta diversa do responsável, visto que, após análise, o responsável deveria ter dado ciência à concessionária do novo prazo para pagamento Guia de Recolhimento da União - GRU referente a multa, ou seja, deveria ter dado prosseguimento à cobrança das multas já aplicadas.

52. Ademais, o responsável deveria ter levado em consideração os termos do art. 3º da Resolução 3.561/2010/ANTT, que condiciona claramente a autorização para parcelamentos acima de R\$ 2.000.000,00 a ato específico da Diretoria da ANTT, motivo pelo qual o superintendente não poderia ter assinado tal termo de ajuste autorizando tal parcelamento. O responsável deveria ter submetido o TAC para manifestação da Diretoria, que é a instância competente.

Conclusão

53. Como conclusão, a manifestação encaminhada pela ANTT não foi suficiente para elidir a irregularidade apontada. Contudo, diante do pagamento da 1ª parcela do TAC, nesse momento, torna-se inócuo qualquer ação visando desmembrar as dívidas já aplicadas do termo de ajustamento de conduta para cobrança individual das dívidas. Dessa forma, **propõe-se realizar a audiência do Sr. Jean Mafra dos Reis por ter infringido o §2 do art. 1º assim como o art. 3º, ambos da Resolução ANTT 3.561/2010, além de dar ciência à ANTT de que a inclusão de multas já vencidas no TAC e o parcelamento de dívidas já vencidas afronta o referido dispositivo e é desprovido de efeito educativo ou coercitivo que possa ser revertido ao interesse público.**

54. Visando o fortalecimento da Agência no acompanhamento contratual das concessões ferroviárias, espera-se que a Agência evite novas recorrências desse tipo de irregularidade. A correta aplicação do instrumento de TAC pela ANTT é fundamental para coibir a sensação de impunidade por parte das concessionárias e incentivar o correto cumprimento do contrato de concessão em benefício do usuário.

A.2) Parcelamento da dívida proposto pelo TAC ainda sem pagamento

55. Verificou-se que as multas aplicadas à concessionária e que foram incluídas no TAC celebrado em 2013, no montante total de R\$ 10.275.458,28 (dez milhões, duzentos e setenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e vinte e oito centavos), foram autorizadas a serem parceladas em sessenta parcelas mensais, mas, até o término da fase de execução desta auditoria, nenhum boleto havia sido emitido pela Agência e, conseqüentemente, nenhuma parcela havia sido paga.

56. A aplicação de penalidades pela ANTT está prevista na sua lei de criação, a Lei 10.233/2001. O art. 24, inciso VIII, confere a competência de fiscalizar e, se necessário, de multar as concessionárias de serviços de transportes terrestres nos casos em que houver desrespeito ao contrato e aos normativos. Após conclusão de processo administrativo de apuração da irregularidade, a Agência deve emitir e enviar os documentos de cobrança para o pagamento pela concessionária.

57. Ao analisar o processo administrativo em referência, verificou-se a inexistência, nos autos, de qualquer desdobramento procedimental adotado pela Agência visando à cobrança das parcelas acordadas. Diante disso, solicitou-se à ANTT (peça 46) os documentos que comprovassem o pagamento feito pela concessionária relativo ao parcelamento da dívida contida no TAC em apreço. Em caso de não pagamento, solicitou-se quais as medidas adotadas pela ANTT para a cobrança de tais parcelas. Na oportunidade, foi requerida também cópias das resoluções e normas internas que tratassem das medidas a serem adotadas pela Agência em caso de inadimplência do concessionário.

58. A ANTT respondeu (peça 40) que os boletos relativos às parcelas mensais ainda não haviam sido emitidos uma vez que a Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas (SUFER) não instruiu devidamente o processo de parcelamento, bem como que, por se tratar de dívida em montante superior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), a competência para o parcelamento, no caso, seria da Diretoria da ANTT.

59. Quanto à existência de normas voltadas para a inscrição em dívida ativa de dívidas não pagas, não houve resposta objetiva da Agência.

60. Alternativamente, a equipe de auditoria realizou pesquisa no repositório de normativos da ANTT que se encontra no sítio eletrônico, mas não foi encontrada nenhuma norma que trate especificamente da remessa de processos de aplicação de penalidades ou parcelamentos para inscrição em dívida ativa.

61. Nota-se que a ausência de normativos específicos traz dúvidas quanto aos procedimentos de remessa das dívidas para inscrição em dívida ativa que devem ser adotados pelas áreas técnicas da Agência.

62. Dessa forma, o parcelamento acordado no TAC celebrado entre a ANTT e a TLSA, em 2013, não estava sendo pago até a fase de execução desta auditoria e a ANTT, até então, não estava tomando medidas efetivas voltadas à cobrança e cumprimento do acordo, o que configura irregularidade e afronta ao interesse público de ver tais infrações efetivamente penalizadas, infringindo o dever legal imposto à ANTT de fiscalizar a prestação dos serviços e de aplicar penalidades pelo descumprimento das obrigações outorgadas (art. 24, inciso VIII, da Lei 10.233/2001).

Manifestação da ANTT

63. Em resposta a oitiva, a ANTT (peça 107, p. 42-43) destacou que o TAC firmado envolveu débitos de diversos processos, tanto os provenientes de multas quanto de receitas alternativas, e por isso a área de processamento de multas não estaria preparada para essa situação atípica. Por fim, a Agência apresentou que o parcelamento foi efetivado, por meio da Deliberação de Diretoria 195, de 1 de agosto de 2014 (peça 107, p. 74). Apresentou, também, que a primeira parcela foi paga pela concessionária (peça 107, p. 71-72) no valor pactuado no TAC, alegando que inexistiria qualquer dano ao erário.

Análise da manifestação da ANTT

64. Em breve análise, constatou-se que aprovação da Deliberação 195 pela Diretoria da ANTT, ocorrida em 1/8/2014, permitiu o parcelamento da dívida incluída no TAC, que teve a sua primeira parcela comprovadamente paga no dia 1/9/2014 (peça 107, p. 69-71). Ressalta-se que o lapso temporal de quase um ano entre a celebração do TAC (20/9/2013) e o efetivo pagamento da primeira parcela (1/9/2014) retira a efetividade do TAC na solução de pendências junto as concessionárias.

Manifestação da TLSA e FTL

65. Em oitiva (peça 116, p. 37, nota de rodapé) a concessionária reconheceu que o pagamento foi efetivado imediatamente à emissão da via boleto pela ANTT.

Conclusão

66. A omissão em quase um ano pela ANTT no envio das parcelas de cobrança das multas do TAC aumenta a impunidade da concessionária e apresenta um dos fatores que contribuem para o descontrole da ANTT no acompanhamento da execução do contrato da Malha Nordeste. A aplicação de sanções fora do prazo contribuem para que a concessionária continue desrespeitando os normativos e o contrato de prestação de serviço ferroviário de transporte de cargas.

67. Ante o exposto, conveniente **recomendar que a ANTT reveja os seus processos internos de cobrança da dívida e das remessas para inscrição em dívida ativa, alterando ou criando, se necessário, os normativos internos da Agência que se referem ao tema.**

68. É possível avaliar que a efetiva conclusão do parcelamento, por meio de Deliberação da Diretoria, e a comprovação do pagamento da primeira parcela pela FTL como benefício direto e efetivo dessa ação fiscalizatória. Ademais, espera-se que o ajuste dos processos internos da Agência aumente a eficiência e efetividade dos processos de cobrança da ANTT.

A.3) Sobrestamento do processo de caducidade sem motivação devidamente fundamentada

69. Verificou-se que o processo administrativo 50500.027190/2012-91, que tem por objeto a abertura de procedimento para declaração de caducidade da concessão da Malha Nordeste, foi sobrestado por meio de decisão individual (peças 24-26) da Superintendência de Marcos Regulatórios - SUREG sem a devida motivação.

70. Conforme verifica-se no art. 38 da Lei 8.987/1995, a inexecução contratual pode gerar a caducidade da concessão após instaurado processo administrativo e comprovada sua inadimplência. Os art. 24, 25 e 26 da Resolução ANTT 442/2004 determinam que o processo administrativo ordinário para apuração de natureza grave, que inclui a declaração de caducidade, será conduzido por comissão composta de três membros, devendo iniciar em até cinco dias úteis e deverá ser concluído em até 120 dias. Verifica-se, pela leitura desses dispositivos, que a ANTT tem procedimento de apuração de irregularidades graves diferenciado dos processos ordinários quanto aos quesitos imparcialidade e celeridade.

71. O referido processo de caducidade foi aberto pela ANTT, tendo em vista o recorrente descumprimento das metas de desempenho, de cláusulas contratuais e de normas regulamentares. No entanto, a SUREG, em despacho exarado em 2012 (Peça 24-25), determinou o sobrestamento do processo de caducidade, contrário ao que a Superintendência de Serviços de Transporte de Carga - SUCAR (peça 41) e a Procuradoria Geral Federal junto à autarquia haviam proposto (peças 55-56).

72. Como já relatado, a concessionária nunca cumpriu as metas de produção, de modo que o incremento de eficiência idealizado como regra no contrato não se estabeleceu em momento algum ao longo da vigência da concessão em apreço.

73. Pelo contrário, o que se observa é uma "estagnação" da evolução da produtividade ao longo dos anos, chegando ao extremo de, no ano de 2011, haver atingido um nível de produção inferior ao do ano de 1998. Ou seja, a concessionária tem se revelado um parceiro igual ou pior do que a antiga RFFSA em termos de atingimento de níveis de produção e segurança, não havendo sido atendido o interesse público inicialmente pretendido no contrato assinado em 1997, vigente durante todo o período analisado (1998 a 2012), qual seja, de incrementar a eficiência do serviço de transporte ferroviário na Malha Nordeste.

74. Em face do não atingimento de tais metas, diversos processos de aplicação de penalidades foram atuados pelo descumprimento contratual e, em seguida, propôs-se, com fundamento no art. 38, §3º, da Lei 8.987/95, a abertura de processo de caducidade da concessão, tendo em vista o

descumprimento das metas de desempenho e demais cláusulas contratuais e normas regulamentares (peça 41).

75. A ANTT destacou que (peça 41, p. 7):

A agência notificou inúmeras vezes a TLSA por transgressões diversas às suas obrigações contratuais, mormente aquelas relacionadas ao cumprimento de metas, autorização de projetos e condições precárias da via permanente. (...) A agência aplicou sucessivas penalidades à TLSA por transgressões diversas às suas obrigações contratuais, mormente aquelas relacionadas ao cumprimento de metas, manutenção de bens arrendados e condições precárias da via permanente.

76. A proposta foi analisada pela Procuradoria da ANTT, por meio do Parecer 610 - 3.3.1.2/2012/PF-ANTT/PGF/AGU, opinando pelo prosseguimento do processo de caducidade com a expedição de Ofício à TLSA, comunicando-lhe as infrações contratuais cometidas, nos termos da legislação aplicável (peças 55-56).

77. No entanto, a SUREG, por meio de Despacho, em 13/11/2012 (peça 24-25), determinou o sobrestamento do processo de caducidade até a finalização das negociações havidas entre o Poder Concedente e a Concessionária (TLSA) para realização de investimentos na infraestrutura de transporte, visando à construção de segmentos ferroviários não construídos anteriormente pelo Governo.

78. Destacam-se abaixo trechos do citado Despacho (peça 24, p. 2):

Ressalta-se, no entanto, que as irregularidades apontadas no presente processo, e que deram origem ao encaminhamento para processo de declaração de caducidade, referem-se basicamente a questões envolvendo a preservação das vias e da faixa de domínio e o não cumprimento das metas de produção e acidentes. Esse quadro não decorre, contudo, exclusivamente de fatos imputáveis à concessionária. Ele resulta da não execução pelo Governo, do Projeto Nova Transnordestina, sendo necessário cortar o círculo vicioso que se expressa na quase inviabilidade da concessão (pela insuficiência de cargas e de correspondentes receitas operacionais), mediante a adoção de medidas indutoras do círculo virtuoso da geração de cargas, a partir da criação de polos de produção local, atraídos exatamente pela existência de infra-estrutura de transporte adequada. (grifo nosso)

79. Da leitura do trecho acima mencionado, verifica-se que a motivação para a paralisação do processo de caducidade limitou-se ao argumento de que o descumprimento das obrigações contratuais da concessionária decorreu da omissão do Governo, que não teria cumprido sua obrigação contratual de construção do Projeto Transnordestina, o que supostamente inviabilizaria a exploração da malha e a prestação do serviço de transporte ferroviário.

80. No entanto, ao analisar o contrato não se verifica nenhuma avença no sentido de condicionar o atingimento das metas de desempenho contratualmente previstas à construção do Projeto Transnordestina (Malha II). A exploração pela concessionária dos novos trechos integrantes do Projeto Transnordestina configurava-se apenas em uma mera expectativa de direito da concessionária, é dizer, quando e se a Malha II fosse construída, a concessionária teria preferência na sua exploração caso aceitasse as condições propostas pelo Poder Concedente, portanto, por óbvio, a possível exploração da Malha II é totalmente dissociada das metas de desempenho pactuadas para a exploração da Malha I. Caso o contrato almejasse condicionar o alcance dessas metas à construção do Projeto Transnordestina, isso deveria estar expressamente previsto no contrato.

81. De qualquer forma, a afirmação de que a malha Nordeste, da maneira como se encontrava, inviabilizou a concessão por insuficiência de cargas e de receitas operacionais pela concessionária dependeria da realização de uma análise mais aprofundada e demandaria a elaboração de estudos robustos, a fim de comprovar, nos autos do processo de caducidade, tal assertiva, o que não foi feito no Despacho da SUREG.

82. Caso o entendimento da ANTT para o sobrestamento do processo de caducidade fosse o de que a não construção do projeto Transnordestina teria inviabilizado por completo o cumprimento do contrato, deveria ter demonstrado tal impedimento de maneira sustentada, fundamentada por meio de estudos e não apenas mediante um Despacho, sem qualquer prova empírica que demonstre o respeito e o atendimento do interesse público na manutenção do parceiro como o concessionário prestador do serviço de transporte ferroviário.

83. Nesse sentido, verificou por meio dos autos que a atuação individual adotada pela SUREG afrontou os arts. 25, 26 e 27 da Resolução 442/2004/ANTT.

84. Como consequência, o sobrestamento do processo de caducidade permite que um concessionário ineficiente e que recorrentemente descumpra as metas contratuais pactuadas permaneça prestando o serviço de transporte ferroviário em detrimento do usuário, aumentando a sensação de impunidade.

Manifestação da ANTT

85. Por meio da oitiva (peça 107, p. 43-49), a ANTT relatou que o descumprimento pela TLISA das metas de produção e de redução de acidentes não residem exclusivamente em condutas comissivas ou omissivas desta concessionária. A incompletude da Malha Nordeste, na visão daquela Agência, haveria contribuído para os reiterados descumprimentos contratuais, tendo sido inclusive considerados nos processos de pactuação de metas para os períodos de 2010/2014 e 2013/2017.

86. Em seguida, a Agência expôs as ações tomadas no âmbito do processo de declaração de caducidade. Argumentou que, segundo art. 38 da Lei 8.987/1995, a declaração de caducidade seria esfera de atuação discricionária do Poder Concedente e não uma obrigação. Em seguida, afirmou que a decisão pela suspensão do processo de caducidade levou em consideração ações conduzidas pelo governo federal para solucionar impasses relativos a construção dos trechos faltantes, para concluir que o prosseguimento do referido processo “refletiria atuação absolutamente dissonante e descoordenada em relação as políticas públicas traçadas”.

87. Apresentou o art. 17 da Resolução ANTT 442/2004 para justificar que os Termos de Ajuste de Conduta podem ser firmados antes ou no curso do processo e que, na hipótese de processo instaurado, este será suspenso. Já quanto à ofensa aos arts. 25, 26 e 27 da Resolução ANTT 442/2004, afirmou que as especificidades e a magnitude do objeto dessa concessão sempre exigiram que a ANTT adotasse uma visão mais abrangente dos problemas, sem se esquecer das políticas públicas que conduziam. Para terminar, defendeu sua imparcialidade na condução dos processos administrativos e em relação à adoção de procedimento diferenciado para apuração das irregularidades quis esclarecer que “as particularidades da concessão impediram de adotar soluções que normalmente seriam adotadas em casos comuns de descumprimento de contrato”.

Análise da manifestação da ANTT

88. Em análise, conclui-se que os argumentos trazidos na oitiva da ANTT são insuficientes para afastar a irregularidade em tela. Em primeiro lugar, ao contrário do que afirma a Agência e já destacado ao longo do texto, **o alcance das metas de desempenho e de redução de acidentes pela concessionária não está, e nunca esteve, vinculada no contrato de concessão à construção da ferrovia Transnordestina**. A avença reconhece que o poder concedente seria o único responsável pela construção desse trecho sem, no entanto, fixar prazos para início ou para conclusão das obras ou, ainda, sem conceder qualquer garantia para atrasos na obra. Trata-se apenas de uma expectativa de direito positivado no parágrafo 2º da Cláusula Primeira – Do objeto do Contrato de Concessão celebrado com a CFN, transcrito a seguir:

A CONCESSÃO compreende também o direito de a CONCESSIONÁRIA explorar o TRANSPORTE FERROVIÁRIO nos trechos **a serem construídos pela CONCEDENTE**, que constituem os projetos denominados Ferrovia Transnordestina e Acesso Ferroviário ao Complexo Portuário do Pecém, e que se destinam a complementar a MALHA NORDESTE.

A CONCESSÃO do serviço público de TRANSPORTE FERROVIÁRIO na Ferrovia Transnordestina e no Acesso Ferroviário ao Complexo Portuário do Pecém será outorgada, desde logo, à CONCESSIONÁRIA da MALHA NORDESTE e **sob condição suspensiva cumulada com opção. A condição suspensiva é a construção, pela UNIÃO, e sem responsabilidade da CONCESSIONÁRIA da MALHA NORDESTE, de trechos que constam destes projetos. A opção é a faculdade outorgada à CONCESSIONÁRIA da MALHA NORDESTE de poder desistir**, sem qualquer ônus, da CONCESSÃO de trechos da Ferrovia Transnordestina e do Acesso Ferroviário ao Complexo Portuário do Pecém, na medida em que sejam concluídos, **quando notificada pela CONCEDENTE sobre o preço mínimo para receber e operar os respectivos conjuntos de bens operacionais.** (grifos nossos)

89. Percebe-se que a primeira parte do parágrafo 2º não pode ser dissociada das condições cumulativas para operação da ferrovia Transnordestina contidas na segunda parte deste parágrafo, e que foi suprimida na manifestação encaminhada pela ANTT. Essas condições cumulativas se referem: i) a construção da ferrovia pelo poder concedente como condição suspensiva do direito, e ii) a opção de desistir desse direito concedida à concessionária após notificação sobre o preço mínimo dos respectivos conjuntos de bens operacionais.

90. Dessa forma, esse dispositivo determina claramente que o direito de explorar a Ferrovia Transnordestina ficará suspenso até que os trechos da ferrovia Transnordestina fossem construídos pelo Poder Concedente. Só, então, depois de construído é que a concessionária teria a oportunidade, ao seu alvedrio, de optar pela exploração dos bens operacionais em contrapartida pelo pagamento do preço mínimo definido pelo arrendamento destes bens. Neste mesmo momento, novas metas de desempenho e de redução de acidentes seriam pactuadas entre a concessionária e o poder concedente. Caso a concessionária não aceitasse tal preço, o poder concedente poderia realizar nova licitação para ofertar a infraestrutura a outros interessados. Portanto, não é possível concluir que o descumprimento das metas possa estar relacionado, de maneira alguma, com a construção da Malha II.

91. Para corroborar com esse raciocínio, constata-se que as metas inicialmente fixadas tiveram por base a produtividade da RFFSA nos anos anteriores à inclusão destes bens no Programa Nacional de Desestatização – PND, ocorrida entre 1996-97. A título de exemplo, a Malha Nordeste sob gestão operacional da RFFSA transportou entre 1993 e 1995 uma média de 825 milhões de TKUs (in: Silveira, Márcio Rogério. *Estradas de Ferro no Brasil: das primeiras construções às parcerias públicos-privadas*. Editora Interciência. 2007, p. 119) enquanto que a CFN deveria transportar, no primeiro ano do contrato, 900 milhões de TKU.

92. Essa previsão no aumento da produtividade, da ordem de 9%, reflete apenas a expectativa de ganho de eficiência gerado pela operação do sistema por uma empresa privada e não pela inclusão dos novos trechos da ferrovia. Portanto, **o descumprimento das metas pactuadas pela concessionária não tem relação nenhuma com a alegada incompletude da ferrovia Transnordestina.**

93. Em seguida, a Agência buscou descaracterizar a irregularidade, alegando que o art. 38 da Lei 8.987/1995 confere discricionariedade para o poder concedente declarar a caducidade da concessão. Para a ANTT, uma vez que a declaração da caducidade é um ato discricionário, proceder o sobrestamento do processo também o seria. De fato, a letra fria desse dispositivo legal parece conceder total arbítrio ao gestor, mas diante do interesse público, a leitura desse artigo merece uma interpretação diversa. Isso porque, no entendimento de Justen Filho:

Já a caducidade deriva da avaliação da **impossibilidade de obter resultados mais satisfatórios se o concessionário permanecer o mesmo**. Extingue-se a concessão porque a conduta do concessionário é defeituosa a ponto de autorizar previsão de desastres futuros. Aquele que propiciou ocorrência de defeitos graves revela-se mal prestador do serviço. **A extinção da concessão é dever imposta ao Estado sob pena de ser responsabilizável pelos danos cuja ocorrência é previsível.**

A caducidade da concessão é, portanto, **instrumento de realização do interesse público**, muito mais que punir o concessionário. A punição ao concessionário não traduz maior vantagem para o interesse coletivo. **Realiza-se o interesse público, por via da caducidade, pela perspectiva da elevação da qualidade dos serviços**. A gravidade das infrações praticadas pelo concessionário autoriza presumir que esse objetivo não será atingível sem a sua substituição. **(grifos nossos)**. (Justen Filho, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, Ed. Dialética, 2003, p. 594)

94. Percebe-se claramente que o interesse público retira a citada flexibilidade desse dispositivo e, por isso, o sobrestamento de um processo de caducidade sem a devida motivação mostra-se uma afronta ao interesse público. Mais ainda, Justen Filho destaca em outro trecho que “o processo deve ser conduzido pela comissão, com maior imparcialidade possível. (...) a comissão **elaborará relatório, encaminhando os autos à apreciação da autoridade** competente para decretação da caducidade. (...) As provas poderão ser livremente ponderadas, **mas a decisão terá de ser motivada** (...)” (Justen Filho, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, Ed. Dialética, 2003, p. 606).

95. Por fim, a Agência ainda procurou demonstrar alinhamento com ações do governo federal adotadas com o fito de solucionar o “impasse relativo a construção dos trechos faltantes” da ferrovia Transnordestina, restando concluir que esse alinhamento tem recorrentemente desrespeitado o interesse público no transporte ferroviário de cargas na região Nordeste.

96. Em suma, os argumentos trazidos na oitiva da ANTT não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas no relatório de auditoria.

Manifestação da TLSA e FTL

97. Do ponto de vista da Concessionária (peça 116, p. 33), os entendimentos para o sobrestamento do processo de caducidade por meio de despacho, ou suspensão da apreciação de proposta como se referiu a TLSA, se justifica pela natural dependência do prosseguimento do processo ao resultado dos entendimentos conduzidos para definição da política pública pelo Ministério dos Transportes, que visou solucionar as pendências envolvendo a concessão de serviços de transporte de cargas na Malha Nordeste.

98. Portanto, na visão da TLSA, o prosseguimento da apreciação de proposta de constituição formal de processo de declaração de caducidade impedia as negociações, entre a concessionária e a União, voltadas ao equacionamento das pendências relevantes para execução do serviço público.

Análise da manifestação das TLSA e FTL

99. A oitiva da TLSA apresentou uma visão de que a negociação entre o Ministério dos Transportes e da concessionária para tratar de pendências relevantes para a execução do transporte ferroviário de cargas justificaria a suspensão do processo de forma monocrática. Dentre as pendências por parte da concessionária sempre esteve o descumprimento recorrente das metas de desempenho contratuais e que, como visto, não tem relação nenhuma com a construção da Malha II. Dessa forma, os argumentos apresentados pela concessionária não são suficientes para sanar a irregularidade.

Análise da responsabilização

100. A Superintendente de Marcos Regulatórios, Renata Nogueira, sobrestou o processo administrativo de declaração de caducidade da concessionária (50500.027190/2012-91), à margem da

devida fundamentação e por meio de decisão monocrática, conforme Despacho SUREG/ANTT firmado em 13/11/2012, quando deveria ter submetido sua proposta de sobrestamento do processo a comissão específica da autarquia, com fins de colher decisão colegiada, contrariando assim o que dispõe o artigo 38, §3º, da Lei 8.987/95 e os artigos 25, 26 e 27 da Resolução 442/2004/ANTT.

101. Merece destaque o teor do artigo 25, *caput*, onde resta estabelecido que:

Art. 25. O **processo administrativo** ordinário, para **apuração** de infrações de natureza grave, puníveis com as penas de suspensão, cassação, **declaração de inidoneidade ou caducidade, será conduzido por comissão composta de três membros** (Presidente, Relator e Secretário) (...) (grifos nossos)

102. O dispositivo acima destacado conduz, claramente, ao entendimento de que os processos de declaração de caducidade, não podem ser decididos isoladamente, por um único dirigente da autarquia, como verificado na situação ora em exame. Ao contrário disso, deveria ter seguido rito previsto no §3º, do art. 38 da Lei 8.987/1995, ao qual determina que a concessionária deve ser comunicada, detalhadamente, dos descumprimentos contratuais, dando-lhe prazo para corrigir as falhas.

103. A responsabilidade pelo indício de irregularidade em pauta deve ser atribuída à Sra. Renata Nogueira, haja vista que foi ela quem assinou e fundamentou o despacho monocrático que provocou o sobrestamento do processo de caducidade.

104. Não é possível afirmar que houve boa-fé por parte da responsável, tendo em vista que tanto a área técnica quanto a Procuradoria da ANTT já haviam alertado, consoante parecer constante dos autos daquele mesmo processo, para a necessidade de se proceder aos trâmites que poderiam culminar no processo de declaração de caducidade.

105. É razoável afirmar que era possível àquela Superintendente ter potencial consciência da ilicitude, tendo em vista que a concessionária TLSA nunca cumpriu com as metas de desempenho e de redução de acidentes pactuadas e, como visto na análise da manifestação, não é possível associar o descumprimento das metas contratuais pela concessionária com a construção da Malha II. Tanto o contrato de concessão assinado com a concessionária quanto a Lei 8.987/1995 definem que o descumprimento das metas pactuadas podem culminar na caducidade da concessão. Acerca dessas metas, nos últimos anos, ressalta-se que a TLSA somente tem conseguido lograr níveis de produção próximos aos da RFFSA na década de 90.

106. Deve-se levar em consideração também que os contratos de financiamento para a construção da Malha II, que são em sua maioria provenientes de recursos públicos, contém cláusulas suspensivas caso a concessionária deixe de cumprir com as suas obrigações. Portanto, a suspensão da abertura do processo de caducidade pela responsável vai de encontro ao interesse público porque permite a continuidade do fluxo financeiro proveniente dos financiamentos públicos a uma concessionária que não cumpre com suas obrigações.

107. A suspensão do processo de apuração da caducidade privilegiou, novamente em afronta ao interesse público, a celebração de novo contrato contendo diversos termos atípicos com a concessionária que nunca cumpriu com as metas de desempenho.

108. Enfim, era exigível conduta diversa da responsável, visto que a atitude da SUREG possuiu o condão de impactar um projeto de grande magnitude que utiliza majoritariamente recursos provenientes de financiamentos públicos aplicados diretamente em uma concessionária que nunca conseguiu atingir as metas de desempenho pactuadas. Restra concluir que a Sr. Renata não poderia ter agido de forma monocrática, em afronta aos dispositivos contidos na Lei 8.987/95 e na Resolução 442/2004 da ANTT.

Conclusão

109. Dessa forma, o procedimento adotado pela SUREG, no Processo Administrativo 50500.027190/2012-91, que determinou por meio de despacho, após análise individual, o sobrestamento do processo de caducidade de maneira insuficientemente motivada, infringe o art. 38, §3º, da Lei 8.987/95 e os arts. 25, 26 e 27 da Resolução 442/2004/ANTT.

110. Ante o exposto, propõe-se **realizar audiência da titular da Sra. Renata Nogueira (SUREG) pelo sobrestamento do processo de caducidade sem a devida fundamentação**. Ademais, propõe-se **determinar que a ANTT comunique a concessionária dos descumprimentos, conforme §3º do art. 38 da Lei 8.987/1995, para em seguida abrir novo processo administrativo com o objetivo de avaliar a declaração de caducidade da concessão em análise**.

111. Espera-se que a análise do processo de caducidade realizado por meio do processo administrativo previsto na resolução ANTT 442/2004 permita, com as devidas motivações, concluir se a concessionária TLSA e FTL atendem ao interesse público de se manterem com a outorga do serviço de transporte ferroviário de cargas na Malha Nordeste.

B) Irregularidades verificadas no processo de autorização pela ANTT das obras de construção do projeto Nova Transnordestina

112. Diversas irregularidades foram verificadas nas autorizações, concedidas pela ANTT, das obras de implantação da Ferrovia Nova Transnordestina ocorridas antes da cisão da concessão. Verificou-se que a Agência descumpriu normativos de aprovação de projeto executivo das obras de construção da ferrovia em execução pela concessionária TLSA.

113. A autorização presente no procedimento de aprovação dos projetos submetidos à apreciação da ANTT tem origem no art. 24, inciso IX, da Lei 10.233/2001. Esse dispositivo determina que dentre as atribuições da Agência está a de "autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas".

114. No âmbito da ANTT, a Resolução 2.695/2008/ANTT é a que define o procedimento interno de aprovação dos investimentos a serem realizados pelas concessionárias na malha concedida. O art. 4º dessa resolução estabelece que as obras podem ser autorizadas pela diretoria da ANTT mediante a apresentação de uma série de documentos, dentre eles estudos geológicos, geotécnicos, topográficos, hidrológicos, de traçado da ferrovia, projetos de terraplenagem, de drenagem, de infraestrutura e de superestrutura ferroviária, bem como estimativas detalhadas dos custos de todo o projeto. Ou seja, esse artigo define de quem é a competência para aprovar os investimentos requeridos e os documentos necessários para sua análise.

115. Já o art. 8º dispõe que a manifestação da ANTT será em até noventa dias da data de solicitação da concessionária, "desde que a documentação apresentada atenda as exigências" da resolução "e sejam esclarecidas quaisquer divergências levantadas durante o processo de análise e diligências".

116. As obras de implantação da ferrovia Transnordestina, com extensão total de 1.753 km, foram divididas em cinco trechos: Salgueiro/Missão Velha (SMV), de 96 km; Trindade/Salgueiro (TS), de 163 km; Eliseu Martins/Trindade (EMT), de 423 km; Salgueiro/Porto de Suape (SPS), de 544 km; e Missão Velha-Pecém (MVP), de 526 km.

117. A autorização para a concessionária elaborar os projetos foi concedida pela ANTT em 2005 por meio da Resolução 1.210/2005/ANTT. Logo em seguida, em janeiro de 2006, por meio da

carta CEX-PRCFN-003-06 (peça 15), a concessionária apresentou à Agência os primeiros projetos do empreendimento (peça 15).

118. Os projetos de engenharia do trecho SMV já haviam sido elaborados pelo DNIT, motivo pelo qual esses foram os primeiros projetos submetidos à aprovação da ANTT, por meio da carta CEX-PRCFN-019-06 (peça 16), logo em março de 2006, respeitando o cronograma estabelecido.

119. Os projetos do trecho TS foram adaptados pela concessionária com base nos projetos elaborados pelo DNIT, enquanto que os projetos dos demais trechos (EMT, SPS e MVP) foram elaborados pela própria concessionária. As primeiras versões dos projetos desses trechos (TS, SPS, EMT e MVP) somente foram apresentadas no ano de 2008 (peça 14).

120. Desse modo, após a análise de versões preliminares dos projetos dos trechos SPS, EMT e MVP, a ANTT emitiu as resoluções 2.870, 2.895 e 3.069, entre setembro de 2008 e março de 2009, autorizando os projetos apresentados pela concessionária, com ressalvas que deveriam ser cumpridas antes do início das obras.

121. Em julho de 2009, por meio do ofício 547/2009/GEROF/SUCAR, a ANTT informou à concessionária que considerava "supridas as condicionantes" das resoluções, o que significou dizer que as obras daqueles trechos poderiam ser iniciadas (peça 51, p. 1). Destaca-se que, apesar de a Agência ter considerado as condicionantes supridas, nesse mesmo ofício a ANTT declarou, de forma contraditória, que os projetos continuavam em análise e que ainda poderia solicitar esclarecimentos e ajustes à concessionária. Portanto, verificou-se que as condicionantes dos projetos foram consideradas supridas antes mesmo de concluir as devidas análises.

122. A impropriedade é reforçada novamente no mês seguinte. Em agosto de 2009, por meio do Ofício 612/2009/GEROF/SUCAR, no qual a ANTT declarou que a análise das condicionantes impostas pelas resoluções apontou divergências significativas entre os quantitativos dos orçamentos e dos projetos, deixando clara a permanência de pendências nos projetos. A Agência ainda destacou que a TLSA estaria efetuando ajustes nos projetos analisados com o objetivo de adequá-los aos custos do empreendimento (peça 53).

123. Em que pese a ANTT ter, na oportunidade, informado que interromperia a análise dos projetos até que as novas versões fossem apresentadas pela concessionária, os acontecimentos posteriores revelam um claro descontrole da Agência em relação às obras empreendidas pela concessionária TLSA.

124. Constatou-se que o início das obras pela concessionária nos trechos SPS, EMT e MVP, ocorreu antes de a ANTT ter se manifestado sobre as novas versões dos projetos. Dos dez lotes de obras iniciados pela concessionária entre dezembro de 2009 e junho de 2011, cinco deles começaram antes mesmo de a TLSA ter entregue as novas versões dos projetos à ANTT, o que somente ocorreu em abril de 2010.

125. Dessa forma, verifica-se que a Agência, em afronta aos incisos VIII e IX, do art. 24 da Lei 10.233/2001, deixou de fiscalizar a concessionária, alertando-a da inexistência das referidas autorizações para execução das obras.

126. Em seguida, constatou-se impropriedade na atitude do Superintendente de Cargas da ANTT, visto que a manifestação da Agência acerca da análise dos novos projetos decorrentes das adequações propostas pela concessionária, se deu por meio deste, enquanto que o art. 4º da Resolução 2.695/2008/ANTT determina que a manifestação deve ser da sua diretoria.

127. Até a presente data, as únicas manifestações da autarquia a respeito dos denominados projetos adequados foram emitidas pela SUCAR, nos meses de julho e novembro de 2011, por meio

dos ofícios 329/2011/GEROF/SUCAR/ANTT (peça 48) e 432/2011/GEROF/SUCAR/ANTT (peça 49), respectivamente. Portanto, conclui-se que o superintendente extrapolou as suas competências ao se manifestar em nome da ANTT, afrontando o art. 4º da Resolução 2.695/2008/ANTT.

128. Ademais, como os projetos originalmente analisados sofreram alterações significativas, as resoluções que os autorizaram perderam o objeto. Portanto, em observância ao disposto no art. 4º da Resolução 2.695/2008/ANTT, as novas versões dos projetos deveriam ser submetidas à manifestação da diretoria da Agência.

129. Por fim, outra irregularidade residiu na ausência de análise dos orçamentos das obras de construção da ferrovia pela ANTT. A análise das manifestações da Agência sobre os projetos evidencia que o superintendente da ANTT declarou não haver "óbices técnicos" à implementação das adequações, registrando, por outro lado, que os aspectos orçamentários dos investimentos não foram abordados (peça 49, p. 2). Este aspecto se mostra relevante, visto que o orçamento do projeto da ferrovia não foi aprovado pela ANTT, ou seja, até o momento a ANTT desconhece o custo do empreendimento.

130. Repisa-se que a situação é relevante, pois a concessionária recebeu durante esse período aportes de diversas fontes públicas, seja na forma de financiamento ou de aumento de capital. Some-se a isso o fato de que o custo de construção da Ferrovia Transnordestina, ainda sem análise pela ANTT, foi utilizado indevidamente como justificativa para a assinatura do novo contrato de construção e operação na Malha II, conforme será visto no achado 3.3.

131. Diante dessas evidências, percebe-se que a irregularidade tem como causa principal o desrespeito pelo SUCAR aos próprios normativos internos no que se refere a análise completa dos projetos de engenharia necessários para a autorização de investimentos pela concessionária TLSA.

132. Sem análise dos orçamentos e dos projetos de engenharia, resta claro que não há como concluir acerca dos custos e do cronograma de execução das obras de construção da Malha II. A ausência dessa análise torna impossível avaliar o impacto dos investimentos no fluxo financeiro da concessão.

Manifestação da ANTT

133. A ANTT encaminhou manifestação que versa sobre as irregularidades na gestão das obras (peça 107, p. 50-53). Destaca-se que não se manifestou nos documentos encaminhados acerca de o SUCAR ter considerado as condicionantes presentes nas autorizações de projeto supridas quando elas ainda não tinham sido, de fato, atendidas pela concessionária.

134. Em relação à competência da SUCAR, para a ANTT, uma vez expedido o ato de Diretoria autorizando uma obra, caso haja condicionantes no ato publicado, o saneamento das pendências poderia ser analisado por meio da área técnica competente. Completou, ainda, que a Agência entende que "a Superintendência, à época, detinha a competência técnica para considerar atendidas ou não as condicionantes contidas em atos de Diretoria, no caso as condicionantes das resoluções 2.870, 2.895 e 3.069".

135. Quanto ao início das obras sem a devida autorização, a Agência afirmou que somente tiveram início as obras cujos trechos não foram objeto de adequação de projeto (peça 107, p.51-52). Os demais trechos, que sofreram alterações, somente teriam sido iniciados após as autorizações contidas nos Ofícios 329/2011/GEROF/SUCAR/ANTT e 432/2011/GEROF/SUCAR/ANTT.

136. Quanto a ausência de análise dos orçamentos das obras de construção da ferrovia, a ANTT ponderou que as análises efetuadas acerca dos projetos apresentados pela concessionária "tinham por

objetivo apenas a certificação de que tal obra adequava-se ao interesse público, análise esta que se desenvolveu sob os aspectos técnico e regulatório” (peça 107, p.52-53).

137. Prosseguiu afirmando que a abrangência e a extensão das obras indicavam que o orçamento completo somente seria possível ao final da elaboração dos projetos do empreendimento como um todo. Afirmou que o custo efetivo da obra não foi considerado como valor determinante para o cálculo da metodologia de equilíbrio econômico-financeiro e que o valor mencionado no contrato (R\$ 7,012 bilhões) indica apenas o limite de aporte de capital pelos acionistas públicos e privados mais as linhas de financiamento.

138. Acerca do último contrato firmado, a ANTT buscou esclarecer que não obstante o limite do aporte de capital no empreendimento, cabe a Agência avaliar o custo final da obra, que será feito com base nos valores de orçamentos a serem informados pela TLSA. Um ato autorizativo, segundo a Agência, irá estabelecer o limite dos investimentos do ponto de vista regulatório, que servirá para a definição da tarifa para o usuário e para a base de remuneração.

139. Por fim, apontou que o cronograma de obras, até a celebração do novo contrato, era uma mera expectativa e que somente com base no novo contrato seria possível fiscalizar e penalizar a concessionária pelo descumprimento dos prazos.

Análise da manifestação da ANTT

140. A análise da oitiva se mostrou insuficiente para sanar a presente irregularidade, como será apresentado a seguir. Inicialmente, cabe registrar que a ANTT não se posicionou a respeito do fato de que o SUCAR considerou supridas as condicionantes contidas nas autorizações de projeto que ainda não haviam sido efetivamente cumpridas. Dessa maneira, resta concluir que a atuação do SUCAR se deu de maneira irregular.

141. A primeira informação trazida aos autos pela ANTT tratou da competência da SUCAR na manifestação acerca das condicionantes de projeto contida nas autorizações. A ANTT reconheceu que o ato de autorização de uma obra é exclusivo da Diretoria, mas afirmou que as condicionantes do projeto, se houvessem, poderiam ser analisadas diretamente pela unidade técnica. Ocorre que tal competência, a de avaliar as condicionantes do projeto, não encontra guarida na Resolução 2.695/2008.

142. Sobre esse assunto, o art. 4 da Resolução ANTT 2.695/2008 determina que a competência para autorização de projetos de implantação de novos ramais e variantes é exclusiva da Diretoria da ANTT. Frise-se que a implantação de novos ramais e variantes, que é a situação que mais se assemelha à ferrovia Transnordestina, não estão listados no §1º do art. 4º como possíveis tipos de obras que podem ser autorizados diretamente pela SUCAR. Por esse dispositivo, a SUCAR pode se manifestar apenas quando o pleito da concessionária tiver por objeto as modificações de pátios, estações e oficinas, mas não sobre a implantação de novos ramais e variantes.

143. Ainda sobre essa conduta, a ANTT alegou que a Diretoria já se manifestou sobre análise do projeto em tela. De fato, todas as Resoluções ANTT 1.400/2006, 2.870/2008, 2.872/2008, 2.895/2008 e 3.069/2009 autorizaram os projetos de diversos trechos da ferrovia, contudo observa-se que as referidas resoluções apresentam condicionantes aos projetos aprovados. Portanto, diante do exposto, resta concluir que a SUCAR não tinha competência nem para autorizar novos ramais nem para analisar possíveis ressalvas ao projeto.

144. Quanto ao fato de a concessionária ter iniciado as obras antes de a ANTT ter se manifestado a respeito das adequações de trechos da ferrovia, a Agência somente afirmou que as obras destes trechos não iniciaram antes da autorização expressa pelos Ofícios 329/2011/SUCAR/ANTT e 432/2011/SUCAR/ANTT.

145. Em sentido contrário ao que a ANTT afirmou, a Carta CEX-PRTR-148-10 (peça 172) apresenta que dez lotes - EMT 01, EMT02, EMT06, EMT07, SPS01, SPS02, SPS03, SPS04, SPS05 e MVP01- tiveram suas obras iniciadas antes de a ANTT se manifestar acerca da readequação dos projetos.

146. Insta registrar que as datas de início das obras desses lotes – entre dezembro de 2009 e junho de 2011 – foram obtidas em relatórios de acompanhamento emitidos pela concessionária em setembro/2010 (peça 186, p. 20) e em dezembro/2010 (peça 187, p. 24), bem como em relatório de janeiro/2012 (peça 188, p. 54) emitido pela Construtora Norberto Odebrecht, então responsável pela execução das obras. Conclui-se que a concessionária iniciou a construção dos trechos que ainda não haviam sido autorizados sem que a ANTT tenha tomado qualquer medida a respeito.

147. Repise-se, que os projetos originalmente aprovados foram objeto de alterações substanciais quando do procedimento de readequação, o que significa dizer que as autorizações originalmente emitidas pela diretoria da Agência perderam o objeto e deveriam ser novamente objeto de deliberação pela instância competente, o que até a presente data não ocorreu. A situação presente denota, desse modo, que nenhum dos projetos readequados já foram regularmente autorizados pela ANTT.

148. Em relação a ausência de competência da SUCAR para decidir a respeito das readequações de projeto, a ANTT não se manifestou a respeito.

149. Por último, relativamente a ausência de avaliação dos orçamentos das obras, a ANTT relatou que buscou analisar os projetos de engenharia a fim de certificar que as obras se adequavam ao interesse público. A Agência reconheceu que o aspecto orçamentário dos investimentos foi ignorado, contrapondo-se ao que preconiza o inciso IX do art. 24 da Lei 10.233/2001, cujo texto expressamente determina que cabe a ANTT “autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas”.

150. Acrescentou ainda que o enfoque das manifestações da SUCAR eram os aspectos técnico e regulatório da obra, visto que se tratava de um direito da concessionária e não uma obrigação. Não é possível vislumbrar que as manifestações da ANTT versavam sobre o aspecto regulatório sem considerar o orçamento da obra. Ora, é certo que, a depender do montante de investimentos a ser realizado, o impacto no equilíbrio econômico-financeiro da concessão será maior ou menor. Portanto, a análise orçamentária dos investimentos, ao contrário do que afirma a ANTT, é a única forma de se verificar a manutenção das condições iniciais do contrato.

151. A estratégia em proceder a análise *a posteriori* dos investimentos, com base nos orçamentos providos pela concessionária, não permite avaliar a manutenção do equilíbrio do contrato. Portanto, diante da magnitude do empreendimento, a Agência não poderia aguardar a conclusão das obras para se manifestar sobre ele, visto que o “orçamento regulatório” será utilizado na definição da tarifa para o usuário, dos valores de outorga da malha e/ou do prazo da concessão, que impactam na análise da própria viabilidade econômico-financeira do empreendimento.

152. Conclui-se, desta feita, que as manifestações apresentadas na oitiva da ANTT não são suficientes para sanar a presente irregularidade, quais sejam: i) o ateste de que as condicionantes das resoluções haviam sido cumpridas quando ainda de fato não haviam sido, ii) o início das obras em lotes cujos projetos ainda estavam sendo objeto de análise pela ANTT, iii) a ausência de autorização da instância competente da ANTT acerca dos projetos readequados e iv) ausência de análise do orçamento do empreendimento pela unidade técnica responsável.

Manifestação da TLSA e FTL

153. A TLSA e a FTL se manifestaram (peça 116) de forma bem ampla acerca das irregularidades no processo de autorização das obras de construção da ferrovia Transnordestina. Para

as concessionárias (peça 116, p. 12), não houve precipitação ou leniência por parte da ANTT na aprovação e no acompanhamento do projeto, visto que a Agência se encarregou da edição de atos que, na esfera de sua responsabilidade, se mostravam imprescindíveis para a realização de projeto que contava com a manifesta disposição do Governo Federal.

Análise da manifestação da TLSA e FTL

154. Os argumentos apresentados não elidem a irregularidade, visto que as concessionárias não abordaram pontualmente a atuação do gestor responsável no que se refere ao descumprimento de normativos da Agência.

Análise da responsabilização

155. Tem-se que o Sr. Noburo Ofugi, Superintendente de Serviços de Transporte de Cargas a época das irregularidades, foi o responsável pela assinatura do Ofício 547/2009/SUCAR/ANTT de 30/7/2009 que considerou as condicionantes de projeto supridas quando ainda existiam ressalvas não plenamente saneadas nos projetos básico e executivo encaminhados pela TLSA. A assinatura desse Ofício permitiu o início das obras em lotes cujos projetos ainda se encontravam em análise pela ANTT.

156. Posteriormente, com base na assinatura pelo Sr. Noburo Ofugi dos ofícios 329/2011/GEROF/SUCAR e 432/2011/GEROF/SUCAR, o responsável extrapolou a competência prevista na Resolução ANTT 2.695/2008 ao aprovar projetos, que por terem sido alterados, necessitavam de nova aprovação pela diretoria. Em que pese a magnitude do empreendimento, o responsável procedeu as autorizações sem ter analisado os orçamentos em afronta direta a Lei 10.233/2001.

157. Não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável tendo em vista que a prática irregular de sua conduta, considerando autorizando o começo das obras se deu em afronta ao normativo interno (Resolução ANTT 2.695/2008) de que o próprio superintendente foi signatário, em 2008, então na condição de diretor-geral da agência, motivo pelo qual é razoável afirmar que era possível ao Superintendente ter consciência das ilicitudes praticadas.

158. Era exigível conduta diversa do responsável, visto que trata-se de empreendimento de grande magnitude e com relevância social para a região. Nesse sentido, o responsável deveria ter alertado que ainda existiam pendências a serem sanadas antes da autorização de início das obras. Posteriormente, ao ter conhecimentos das alterações de projeto promovidas pela concessionária, em atendimento a Resolução ANTT 2.695/2008, o responsável deveria ter encaminhado os projetos para manifestação da Diretoria, assim como deveria ter promovido a completa análise orçamentária do empreendimento. As autorizações emitidas pelo responsável podem ter contribuído para o aumento de custos, do prazo e para a diminuição da qualidade do projeto em afronta ao interesse público.

159. Ante os fatos e fundamentos relacionados à conduta ora em análise, cabe propor a audiência do responsável para que apresente as razões de justificativa, em conformidade com o que prescreve o artigo 250, inciso IV, do Regimento Interno/TCU.

Conclusão

160. Portanto, conclui-se que as irregularidades apresentadas ao longo do presente achado foram responsáveis pela infração da Lei 10.233/2001 e de normativos da própria ANTT. Essas

irregularidades contribuíram, conforme será apresentado no achado 3.2, para que a concessionária TLSA recorrentemente descumprisse as obrigações para a construção da ferrovia em análise.

161. Ante o exposto, propõe-se **realizar a audiência do Sr. Noburo Ofugi, por ter permitido o início das obras sem a total cumprimento das pendências dos projetos de engenharia encaminhados pela TLSA, por ter extrapolado a sua competência na autorização dos projetos readequados e por não ter analisado o orçamento do empreendimento.**

3.2 - Descumprimento de obrigações pactuadas quanto a prazo, valor e objeto da construção do projeto nova Transnordestina

162. As obrigações de prazo, valor e objeto pactuadas com a concessionária para construção da ferrovia Transnordestina vêm sendo descumpridas pela concessionária com a anuência da ANTT. Tem-se, ainda, que o objeto em execução não atende aos padrões de qualidade e de capacidade operacional originalmente acordados.

163. Nada obstante não existisse até janeiro de 2014, sob o ponto de vista formal, contrato ou aditivo contratual contemplando os direitos, obrigações, prazos, condições e as demais cláusulas que constituíram o acordo de vontade que até hoje vem sendo implementado pelos interessados, conforme será visto nos parágrafos seguintes, o fato é que diversos outros documentos (cartas e resoluções, especialmente), por vezes assinados pela ANTT, outras vezes firmados pela concessionária, reúnem elementos suficientes para que se possa concluir pela existência de relação contratual entre a União e a concessionária, ainda que firmada à margem de formalização de contrato. Essa relação fez surgir os elementos de natureza contratual sob os quais vêm sendo executadas as obras de construção da ferrovia Transnordestina.

164. De acordo com o que consta da cláusula décima do contrato de concessão de serviços originalmente firmado, em 31/12/1997, entre a União e a CFN, a concessionária teria, entre outros, o direito de "construir ramais, variantes, pátios, estações (...) sempre com prévia autorização da CONCEDENTE (...)".

165. Com base no dispositivo contratual acima transcrito, em 2004, a concessionária, então CFN, protocolizou expediente (peça 18) junto à ANTT, requerendo àquela autarquia sua manifestação quanto à possibilidade de promover a construção de novos ramais e o alargamento de outros já existentes na malha concedida. Embasou seu pleito sob o fundamento de que os novos trechos proporcionariam importantes mudanças conceituais, permitiriam aumentar a produtividade do trem em 530% e a de locomotivas em 50 (cinquenta) vezes, reduziriam o consumo de combustível em 80% e, especialmente, elevariam a capacidade de transporte de cargas em 20 (vinte) vezes, o que equivaleria ao total de 30 milhões de toneladas por ano. Para tanto, afirmou que os investimentos necessários totalizariam R\$ 4,5 bilhões, que o prazo de execução das obras seria de 3 (três) anos, prevendo o início das operações para 2008, bem como que a construção da ferrovia pela concessionária, "a seu custo e risco", desoneraria "a União de dispêndios de monta", em prestígio aos "princípios da economicidade e da razoabilidade da ação pública". Nessas condições, mencionou ainda como possíveis ganhos do projeto, o atingimento de quatorze milhões de toneladas de carga transportada em 2008 e a adição, em 2010, de US\$ 3,5 bilhões à Balança Comercial brasileira.

166. O requerimento da concessionária foi analisado pelos órgãos técnicos, jurídicos e decisórios da ANTT, que ao final se pronunciaram por seu deferimento. Como resultado, foi aprovada a Resolução 1.210/2005/ANTT, de 22 de novembro de 2005, mediante a qual foi autorizada a elaboração do projeto referente aos trechos objeto do requerimento, conquanto condicionando a execução das obras à prévia aprovação, pela ANTT, de projeto específico que contemplasse, entre outros quesitos, "as condições de implementação do plano, os custos e o acompanhamento das obras".

167. Retomando, tal resolução dispôs, ainda, sobre as principais características técnicas que deveriam ser obedecidas pela concessionária quando da construção dos trechos em questão. De tais características, destacam-se os limites para as rampas máximas compensadas, de 0,6% no sentido exportação e de 1,0% no sentido importação.

168. A então SUCAR (peça 52) confirmou que a Resolução 1.210/2005/ANTT foi o passo inicial para a execução do projeto de construção e ampliação dos trechos em questão e que o direito de construir a ferrovia - objeto de preocupação da concessionária (peça 22) - não estava sendo questionado pela ANTT.

169. Na sequência, em 5 de janeiro de 2006, a concessionária, visando cumprir o estabelecido no artigo 2º da Resolução 1.210/2005/ANTT, encaminhou à apreciação da ANTT "o projeto que visa à construção, ao alargamento, à remodelação e à modernização de ramais" na Malha Nordeste. Em que pese considerado pela ANTT ainda insuficiente para autorizar o início das obras, tal expediente já indicava que: a) os investimentos necessários à construção da ferrovia seriam de R\$ 4,2 bilhões; b) o período previsto para implantação seria de quatro anos, de 2006 a 2009; c) o início das operações se daria a partir do ano de 2010; e d) todos os projetos de engenharia estariam concluídos no início do ano de 2007.

170. Examinando o documento apresentado pela concessionária, o Superintendente da então SUCAR entendeu que referida peça deveria ser acolhida como Estudo de Pré-Viabilidade ou de Viabilidade de Projeto, fase preliminar dos projetos básico e executivo de engenharia da ferrovia, projetos esses que ainda deveriam ser apresentados antes do início das obras (peça 47).

171. Frisa-se que os documentos supracitados, embora não constituam contrato formalmente dito, estabeleceram condições aceitas de parte a parte, dando ensejo aos direitos, às obrigações, aos prazos, aos custos e ao objeto que passaram, desde então, a compor o acordo de vontades entre a concessionária e o poder concedente para construção da dita Ferrovia Transnordestina.

172. Evidencia-se, a partir deste ponto, a ocorrência de modificações indevidas nas obrigações da concessionária, sem a existência de contrapartida em favor da sociedade ou do interesse público, e, ainda, o fato de que o descumprimento das obrigações pactuadas quanto a prazo, valor e objeto decorreram precipuamente de ação ou omissão da concessionária com a anuência da ANTT.

173. Na sequência dos fatos, a CFN deveria entregar os projetos básicos e executivos de engenharia nos anos de 2006 e 2007, bem como concluir as obras até o final de 2009, em conformidade com o que ela própria propôs no documento acolhido pela ANTT como Estudo de Viabilidade do Projeto. De forma diversa, apenas o projeto do trecho Missão Velha-Salgueiro, que já havia sido elaborado pelo DNIT, foi autorizado pela ANTT ainda em 2006, dentro do cronograma previsto. Os projetos dos demais trechos foram entregues com atraso e em versões preliminares, em meados de 2008. Somente em julho de 2009, a menos de seis meses do término do prazo estabelecido para conclusão das obras, a concessionária obteve da Agência, conforme Ofício 547/2009/SUCAR/ANTT (peça 51), confirmação no sentido de que as ressalvas apontadas nos projetos haviam sido cumpridas.

174. Em verdade, o ofício que atestou o cumprimento das ressalvas o fez de forma irregular, conforme tratado no item 3.1.B deste relatório, pois nele mesmo consta que a análise do cumprimento de tais ressalvas não havia sido concluída. Tal expediente serviu tão somente para amparar o início das obras daqueles trechos pela concessionária.

175. Nota-se, desse modo, que a ineficiência da concessionária em elaborar os projetos inviabilizou a construção da ferrovia no prazo pactuado, porquanto ela somente foi capaz de aprová-

los junto à ANTT, ainda que de forma irregular, a menos de seis meses da data em que a ferrovia deveria estar construída, apta a iniciar suas operações.

176. Logo no mês seguinte, em agosto de 2009, deu-se início à violação do objeto pactuado. Conforme Ofício 612/2009/GEROF/SUCAR (peça 53, p.1, item 2.b), **representantes da concessionária informaram à ANTT, em reunião ocorrida naquele mês, que os projetos dos trechos Elizeu Martins-Trindade, Salgueiro-Porto de Suape e Missão Velha-Pecém** - os mesmos cujas ressalvas nos projetos haviam sido consideradas cumpridas pela ANTT no mês anterior - **estariam sendo ajustados**. O motivo disso teria sido a necessidade de a concessionária adequar os custos das obras ao montante de investimentos inicialmente previsto, o que seria viabilizado, em grande parte, por meio de menores restrições de rampas máximas compensadas da ferrovia (peça 20, p. 2).

177. Conforme estabelecido no anexo da Resolução 1.210/2005/ANTT, as rampas máximas compensadas deveriam ser de 0,6% no sentido exportação e de 1,0% no sentido importação. Na adequação proposta pela concessionária (peça 20, p. 2-3), tais limites seriam alterados para até 1,6% no sentido exportação e 1,5% no sentido importação. O documento recebido como Estudo de Viabilidade do Projeto destaca como um dos maiores diferenciais da futura ferrovia justamente a maior capacidade operacional e eficiência energética que seriam obtidos a partir dos critérios mais restritivos de rampa máxima compensada então estabelecidos.

178. Ao largo do fato de se tratar de alteração significativa dos parâmetros técnicos estabelecidos para construção da ferrovia, capaz de eliminar um dos diferenciais do empreendimento levados em consideração pela ANTT no ato de autorização, em julho e em novembro de 2011, por meio, dos ofícios 329/2011/GEROF/SUCAR/ANTT (peça 48) e 432/2011/GEROF/SUCAR/ANTT (peça 49), a Agência comunicou a concessionária "não encontrar óbices técnicos" às adequações propostas ao projeto. Assim, constatou-se que os projetos originalmente analisados sofreram alterações significativas, motivo pelo qual as resoluções que os autorizaram não refletem o que vem sendo construído. Portanto, em observância ao disposto no art. 4º da Resolução 2.695/2008/ANTT, as novas versões dos projetos deveriam ser submetidas à manifestação da diretoria da Agência, o que não ocorreu.

179. Mais gravosa se mostra a presente irregularidade ao se considerar que o montante de investimento previsto, mesmo com a redução do padrão de qualidade da ferrovia, foi majorado. O novo contrato firmado em janeiro/2014 aumentou o custo total real das obras em 16%, passando de R\$ 4,2 bilhõesⁱⁱ para R\$ 4,9 bilhões (equivalente ao valor contratual de R\$ 7,012 bilhões, referente à data-base de abril/2012, deflacionado pelo IPCA para a data-base do valor originalmente pactuado, janeiro/2005).

180. Segundo a cláusula terceira desse novo contrato, esse valor ainda poderá ser elevado, pois possibilita "desembolsos adicionais (...) para conclusão das obras" (peça 23, p.2), sendo que a concessionária já trabalha com o montante de R\$ 6,9 bilhões (janeiro/2005) - valor de R\$ 9,9 bilhões (abril/2012), apresentado no relatório de acompanhamento da concessionária de abril/2014, deflacionado pelo IPCA para janeiro/2005 -, o que corresponderá a um acréscimo real de 65% (peça 64, p.5).

181. Os descumprimentos dos prazos e dos custos também podem ser evidenciados pela evolução dos relatórios gerenciais de acompanhamento do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC emitidos desde 2007. De acordo com o 1º relatório, esse empreendimento custaria R\$ 4,5 bilhões e estaria concluído em 2010 (peça 57, p.37). Já no relatório mais recente, o projeto continua incluído no PAC2 com previsão de conclusão estendida para 2016 a um custo de R\$ 7,5 bilhões (peça 58, p. 20).

182. Passados mais de oito anos do início do projeto, o valor efetivamente gasto - deflacionado pelo IPCA para a data-base do projeto (janeiro/2005) - já soma R\$ 3,5 bilhões, ou 83% do valor previsto, enquanto o nível de execução físico das obras de construção da ferrovia não ultrapassa 39%. Vale dizer que em dezesseis dos vinte e nove lotes em que os projetos de construção foram divididos - lotes EMT 03 a 04; lotes SPS 06 a 09; e lotes MVP 02 a 11 -, que correspondem a 881 km, ou 50% da extensão total da ferrovia, as obras não foram sequer iniciadas.

183. Quanto à qualidade da obra, verificou-se por meio de relatórios que diversos serviços de engenharia foram executados com qualidade deficiente. Isso foi constatado nos relatórios de vistoria produzidos pelo Ministério dos Transportes, os quais indicaram que a qualidade dos serviços executados pela concessionária é recorrentemente deficiente.

184. Ao todo, cinco relatórios foram encaminhados à equipe de auditoria pelo Ministério dos Transportes. O mais antigo deles, Relatório 006/Transnordestina/MT (peça 189, p. 13), referente a julho de 2010, aponta propagação de trincas na plataforma de aterros do trecho SMV, indicando como possíveis causas a ocorrência de falhas nos serviços de compactação. No segundo mais antigo, Relatório 009/Transnordestina/MT (peça 190, p. 8), de agosto de 2010, aponta-se, dentre outras irregularidades, a baixa qualidade dos trilhos adquiridos pela concessionária para serem aplicados no trecho SMV.

185. As principais causas que contribuíram para a irregularidade apontada foi a ausência de análise dos projetos e do orçamento pela ANTT, assim como deficiência na fiscalização quanto aos descumprimentos das obrigações pactuadas com a concessionária.

186. Partindo-se, ainda, do princípio de que a avença encontrava-se em ponto de equilíbrio quando em sua fase de proposição e autorização, alterações em momento posterior à estipulação do acordo de vontades, à margem de compensações em favor do poder concedente, constituem afronta ao princípio fundamental do Direito, positivado no art. 9º, §4º da Lei 8.987/1995, segundo o qual o contrato deve preservar o equilíbrio econômico-financeiro ao longo de sua execução.

187. Os fatos ora revelados têm por efeito o atraso na entrega da obra, o aumento do seu custo e a redução do seu padrão de qualidade e implicam prejuízos à sociedade e ao interesse público, pois os usuários não dispõem dos serviços da ferrovia para efetuar o transporte mais econômico e mais eficiente de seus produtos, comprometendo a produtividade e a competitividade para a Região Nordeste como um todo.

Manifestação da ANTT

188. Em sua manifestação (peça 107, p. 27-38), a ANTT argumentou que, antes do novo contrato de concessão assinado em janeiro de 2014, não haveria qualquer obrigação da concessionária para com o prazo, o valor ou o objeto das obras de construção da ferrovia Transnordestina.

189. Conforme interpretação da ANTT, a execução das obras seria um direito da concessionária previsto no contrato de concessão, que poderia ser exercido ou não a qualquer momento, mesmo após ser autorizado pela Agência.

190. A Agência afirmou que o interesse da concessionária em abandonar o exercício de tal direito, em um momento em que o investimento nas obras teria passado a integrar interesse público, seria o motivo que teria clamado pela necessidade de “mutação contratual daquilo que era um direito da Concessionária em obrigação imposta pelo Poder Concedente.”

191. Além de considerar que a concessionária não possuía obrigações quanto a prazo, valor ou objeto das obras, a ANTT sustentou que as informações contidas no estudo de viabilidade não

poderiam ser entendidas como marcos imutáveis, não sujeitos a alterações quando do maior detalhamento do projeto.

192. Segundo a ANTT, o aumento do valor real da obra apontado pela equipe de auditoria teria decorrido exatamente do detalhamento do projeto, quando a concessionária teria optado “por rever a natureza das intervenções propostas originalmente, tomando a decisão de substituir a remodelação dos trechos existentes por construção de novas linhas”.

193. Ainda nesse sentido discorreu que as ressalvas contidas nas resoluções que autorizaram os projetos elaborados pela concessionária refletiram a preocupação da Agência quanto à necessidade de ajustes e otimizações a serem realizadas de forma a evitar uma elevação dos custos de implantação.

194. A ANTT afirmou que a alteração dos parâmetros geométricos estabelecidos na Resolução ANTT 1.210/2005, promovida pelos projetos de adequação, decorreu das ressalvas por ela impostas à concessionária nas suas resoluções posteriores, tais como a de “otimizar acomodação do traçado a topografia local” e a de “otimização do projeto geométrico visando à redução dos cortes e compensações de terraplenagem”.

195. Especificamente em relação ao prazo de implantação da obra previsto no estudo de viabilidade, asseverou a ANTT que seria apenas um indicativo “e não um compromisso firme entre Poder Concedente e Concessionária”. Para ela, tanto a Resolução ANTT 1.210/2005 quanto o estudo de viabilidade apresentado pela concessionária “não traziam instrumentos que permitissem à ANTT agir de forma mais assertiva quanto ao cumprimento de prazos, entre outras razões, pela ausência de penalidades objetivas e significativas”.

196. Por fim, a ANTT afirmou que a eventual necessidade de investimentos em montante superior ao estabelecido no novo contrato correrá por conta e risco da concessionária, que deverá se capitalizar por meio da antecipação de receita decorrente de contratos de uso da via permanente, o que não traria prejuízos aos cofres públicos.

Análise da manifestação da ANTT

197. Os argumentos trazidos pela ANTT não são suficientes para elidir a presente irregularidade. Inicialmente, a Agência alegou que o direito da concessionária de construir ramais, com prévia autorização do Poder Concedente, não a vincularia aos prazos, valor ou objeto da Ferrovia Transnordestina.

198. No caso em tela, a autorização para a concessionária construir a ferrovia foi expedida pela ANTT, de fato, com fundamento em estudo de viabilidade, cujo nível de detalhamento reduzido comportou incertezas em relação aos custos e prazos para implantação do empreendimento proposto. Em que pese assista razão à Agência no que se refere ao baixo nível de detalhamento dos estudos inicialmente apresentados e de que ajustes possam ser feitos quando da apresentação dos projetos executivos e das respectivas autorizações finais da Agência, padece de razão no que concerne à possibilidade de se alterar arbitrariamente os custos, os prazos e as características técnicas da obra exclusivamente porque se trataria de um direito da concessionária. É essência que as alterações das características do projeto, assim como os custos detalhados finais, sejam analisadas de forma minudente pela Agência, e não simplesmente que sejam impostos pela concessionária.

199. Ainda que a concessionária possua o direito contratual de construir “ramais”, tal prerrogativa só pode ser exercida após análise da ANTT, isso por que a autorização concedida para a realização de investimentos na malha ferroviária possui natureza de um aditamento ao contrato de concessão, conforme Lei 10.233/2001 e o parágrafo 3º da Cláusula Primeira – Do objeto do Contrato de Concessão da Malha Nordeste transcrito a seguir:

Parágrafo 3º - Para esse fim, serão transferidos à CONCESSIONÁRIA, por parte da RFFSA, os bens operacionais de sua propriedade afetos à atual prestação do serviço concedido, através de contrato de arrendamento que ficará vinculado a este instrumento, de tal forma que nele se refletirão todas as alterações que a Concessão vier a sofrer (grifos nossos).

200. Percebe-se que qualquer alteração promovida nos bens operacionais da Concessão, a exemplo da construção da Ferrovia Transnordestina, deve ser inserida no contrato de arrendamento relativo a essa malha, que é vinculado ao contrato de prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas. Dessa forma, conclui-se que o direito de construir “ramais” na malha concedida afeta o contrato de arrendamento dos bens operacionais, que, por estar vinculado ao contrato de concessão, possuem o condão de alterar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado.

201. Ademais, a competência da ANTT estabelecida no art. 24, IX da Lei 10.233/2001, de autorizar projetos e investimentos no âmbito da malha concedida cria para o Poder Concedente, por força do disposto nos art. 36, 37 e 38, §§ 4º e 5º da Lei 8.987/95, a obrigação de indenizar investimentos ainda não amortizados ou depreciados quando do término da concessão, seja ela por qualquer motivo. Portanto, percebe-se que a Resolução ANTT 1.210/2005 garantiu, ao mesmo tempo, o direito de construir “ramais” pela concessionária e a obrigação de indenização pelo Poder Concedente, conforme previsto nas cláusulas de reversão da concessão.

202. A interpretação da ANTT de que não haveria obrigações quanto ao prazo, ao custo e à qualidade definida para a concessionária não merece prosperar, pois significaria dizer que a Agência criou uma obrigação para a União (cláusula de reversão) sem qualquer contrapartida obrigacional para a concessionária. Isso colocaria a União em condição de sujeição ao interesse privado, uma vez que a concessionária poderia, a seu interesse, efetuar despesas que bem entendesse com a garantia de que, por meio da reversibilidade, caberia indenização pela União dos bens não amortizados ao final da concessão.

203. Em relação à mencionada ausência de obrigação de indenizar os investimentos não amortizados ao término da concessão da Malha II, tal argumento não se mostra válido, porque no caso de uma extinção da concessão por caducidade ou por encampação, por exemplo, o poder concedente ainda teria a obrigação de indenizar os investimentos não amortizados ao parceiro privado. Portanto, a alegação da ANTT somente considerou o caso em que o término da concessão da Nova Transnordestina ocorrerá pelo advento do tempo ou pelo atingimento da TIR pactuada.

204. Os dispositivos legais e contratuais e a simples existência de um novo contrato de concessão vão de encontro à tese principal defendida pela ANTT, de que não haveriam obrigações, por se tratar de um direito, a serem cumpridas pela concessionária em decorrência da autorização contida na Resolução ANTT 1.210/2005 e complementos para construir o Projeto Nova Transnordestina. Dessa forma, conclui-se que a oitiva da ANTT não foi suficiente para sanar a presente irregularidade.

Manifestação da TLSA e FTL

205. As concessionárias TLSA e FTL, a respeito desse achado, seguiram a linha argumentativa semelhante à adotada pela ANTT: de que alterações no prazo, valor e objeto não seriam irregulares porque decorreriam da evolução do projeto; que os prazos vinculantes somente passaram a existir a partir do novo contrato de concessão firmado em janeiro/2014; que este novo contrato eliminaria qualquer risco de elevação da participação de capital público nas obras.

206. Em relação ao valor e ao objeto da obra, as concessionárias sustentaram que o desenvolvimento do empreendimento teria passado por três fases (peça 116, p. 9, 41 e 44): i) de postulação; ii) de especificação conceitual e de aprovação de projeto ainda conceitual; e iii) de aprovação de projetos executivos e execução das obras. Nessa ótica, defenderam que não haveria irregularidade na elevação dos custos em decorrência da evolução do projeto (peça 116, p. 15-16) e

que seria incorreto “falar-se em descumprimento de custos e de qualidade das obras baseados em expectativas constantes tão somente de projeto conceitual” (peça 116, p. 44).

207. Argumentaram que a readequação dos custos do empreendimento teria decorrido de “alteração substancial promovida no projeto conceitual por efeito dos parâmetros definidos no PAC (substituição da inicialmente cogitada remodelação e modernização de trechos para total construção deles)”. Sustentaram ainda que as alterações feitas nos projetos não representariam “modificação ou degradação substancial dos parâmetros originais de performance do empreendimento” (peça 116, p. 45).

208. Acerca dos prazos, afirmaram que passaram a ser efetivamente vinculantes somente a partir do novo contrato de concessão firmado e que os atrasos verificados não teriam decorrido da “ação ou omissão da concessionária com a anuência da ANTT”, mas sim por “dificuldades na implementação – pelos entes públicos envolvidos – das desapropriações, das dificuldades e muitas vezes da paralisação das liberações de recursos, da alteração substancial de projetos por definição do setor público e dos impedimentos judiciais observados na execução do empreendimento” (peça 116, p. 44).

209. Por fim, no que concerne aos problemas de qualidade dos serviços executados e dos materiais empregados nas obras apontados pelos relatórios de vistoria do Ministério dos Transportes, a TLSA afirmou que já estariam superados, pois a resposta então oferecida por ela teria demonstrado “que os serviços foram executados com qualidade e de acordo com os parâmetros regulatórios impostos pela agência”, contra a qual não teria se oposto qualquer restrição.

Análise da manifestação da TLSA e FTL

210. As concessionárias TLSA e FTL seguiram a mesma linha defendida pela ANTT. Acrescentaram, entretanto, que a aprovação dos projetos ocorreu na seguinte sequência: projeto conceitual, projeto básico e projeto executivo. Em decorrência disso, os custos somente seriam conhecidos com maior precisão nessa última etapa. Esse argumento não se mostra válido, pois em nenhum momento a Resolução 1.210/2005 e a Lei 10.233/2001, que tratam da autorização dos investimentos no âmbito de uma concessão, remetem as fases apresentadas pelas concessionárias.

211. Percebe-se, ainda que a Resolução 2.695/2008, que trata da aprovação de projetos no âmbito das concessões, requer uma série de estudos detalhados em nível de projeto executivo. Nesse sentido, as alegadas etapas de projeto - conceitual e projeto básico - consistem em avaliações internas às concessionárias. Por fim, as demais alegações apresentadas pelas concessionárias já foram analisadas quando da oitiva da ANTT, restando concluir que não são suficientes para sanar as irregularidades apresentadas no achado.

212. Acerca da qualidade dos serviços executados, a presente auditoria não realizou visita de campo, apenas análise documental, motivo pelo qual deixa-se de avaliar os argumentos trazidos pela concessionária.

Conclusão

213. Conclui-se que existem alterações de custo, de prazo e de qualidade promovidas nos projetos inicialmente apresentados para a construção da Malha II pela concessionária TLSA que ainda não foram objeto de análise, e conseqüente autorização, pela ANTT. Por esse motivo, as autorizações de investimentos de trechos emitidas anteriormente, a exemplo das Resoluções ANTT 2870/2008 (trecho SPS), 2872/2008 (trecho Salgueiro-Parnamirim), 2895/2008 (trecho EMT) e 3069/2009 (MVP), encontram-se ultrapassadas e carecem de nova autorização, nos termos do art. 4º da Resolução ANTT 2.695/2008.

214. É defeso ao concessionário postergar os prazos pactuados, revisar os valores previstos ou reduzir o padrão de qualidade estabelecido, sem a motivação de interesse público e sem compensações que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro em favor da parte contrária.

215. **Portanto, os fatos apresentados revelam que a Agência não zelou pela devida análise dos projetos e orçamentos, bem como não cobrou da concessionária a devida execução dos investimentos em termos de prazos, custos e qualidade.**

216. Ressalta-se ainda que o caso em tela é de especial importância, devido a intensa participação de fontes de financiamento público no empreendimento. É o que se verifica, por exemplo, da Resolução 20/2009, de 9/6/2009, do Ministério da Integração Nacional, de onde já se destacavam os seguintes valores de financiamento:

Tabela 2: Fontes de financiamento do empreendimento

RESOLUÇÃO 02/2009/MIN de 9/6/2009	
Fonte de Financiamento	Valor do Financiamento*
SUDENE/FDNE	R\$ 2.672
BNDES	R\$ 225
BNB/FNE	R\$ 180
TOTAL	R\$ 4.065

*Valores em milhões de reais

Fonte: Resolução 20/2009, de 9/6/2009, do Ministério da Integração Nacional

217. Mais tarde, em 20/9/2013, a concessionária TLSA assinou Acordo de Investimentos, do qual foram igualmente signatários a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, o FDNE/Sudene e a Valec. Naquela oportunidade, foi confirmada a projeção dos financiamentos públicos a serem realizados no empreendimento, visto que daquele Acordo de Investimentos consta a relação adiante transcrita, na qual são relacionados os valores e as respectivas fontes de financiamento.

Tabela 3: Fontes de financiamento do empreendimento, conforme Acordo de Investimentos de 2013

Fonte de Financiamento	Investimento Inicial (A)		Investimento Ajustado 2012 (B)		Diferença (B - A) *
	Valor*	%	Valor*	%	
APORTES DE CAPITAL	R\$ 2.344	43,25%	R\$ 2.759	36,59%	R\$ 415
CSN:	R\$ 1.357	25,03%	R\$ 1.387	18,39%	R\$ 30
. CSN (capital próprio)	R\$ 682	12,58%	R\$ 712	9,44%	R\$ 30
. CSN (Financiamento BNDES)	R\$ 675	12,45%	R\$ 675	8,95%	-
FINOR	R\$ 823	15,18%	R\$ 1.143	15,16%	R\$ 320
VALEC	R\$ 165	3,04%	R\$ 230	3,04%	R\$ 65
FINANCIAMENTOS	R\$ 3.077	56,75%	R\$ 4.281	56,77%	R\$ 1.204
SUDENE/FDNE	R\$ 2.672	49,28%	R\$ 3.876	51,40%	R\$ 1.204
BNDES	R\$ 225	4,15%	R\$ 225	2,98%	-

Fonte de Financiamento	Investimento Inicial (A)		Investimento Ajustado 2012 (B)		Diferença (B - A) *
	R\$	%	R\$	%	
BNB/FNE	R\$ 180	3,32%	R\$ 180	2,39%	-
SUB-TOTAL			R\$ 7.041		R\$ 1.619
OUTRAS FONTES (Contrato de Uso da Via Permanente)	-	-	R\$ 501	7,04%**	R\$ 501
CSN:	-	-	R\$ 501	6,64%	R\$ 501
. CSN (capital próprio)	-	-	R\$ 38	0,50%	R\$ 38
. CSN (Financiamento BNDES)	-	-	R\$ 463	6,14%	R\$ 463
TOTAL	R\$ 5.421	100,00%	R\$ 7.542	100,00%	R\$ 2.121

* Em milhões de reais; data-base abril de 2012

** a porcentagem correta seria 6,64%, mas optou-se em manter o valor conforme documento original.

Fonte: Acordo de Investimentos

218. Da tabela acima, destacam-se os valores financiados pela SUDENE, com recursos do FDNE, pelo BNDES e pelo BNB, com recursos do FNE. O total desses financiamentos remete à cifra de R\$ 4,281 bilhões, em valores de abril/2012. Tais financiamentos não se confundem com os aportes de capital ou com o contrato de uso da via permanente, também inseridos na tabela. Um exame mais acurado da tabela acima, permite observar que os valores dentro do grupo “Financiamentos” são recursos públicos repassados à concessionária, associados a destinação específica, e que, por isso mesmo, estão sujeitos a restituição aos cofres públicos, nas hipóteses em que a concessionária deixe de aplicar tais valores na finalidade para a qual fora autorizado pelo poder público.

219. Com o intuito de se verificar a natureza pública dos recursos provenientes desses fundos, a começar pelo FDNE, cumpre observar que o Decreto 6.952/2009 dispõe, em seu artigo 2º, inciso I, que aquele fundo é constituído, entre outras fontes financeiras, por **recursos do Tesouro Nacional** correspondentes às dotações que lhe tenham sido consignadas na lei de orçamento anual.

220. Na sequência, o FNE é constituído por percentual (3%) do produto da arrecadação do **imposto sobre renda** e proventos de qualquer natureza e do **imposto sobre produtos industrializados devidos à União**. Somente desses dois fundos, restam já comprometidos R\$ 4,056 bilhões.

221. Como já destacado, a concessionária já teria utilizado R\$ 3,5 bilhões (jan/2005) na obra e, no entanto, construiu apenas 39% do previsto, quando, a rigor, já deveria ter concluído o empreendimento ao custo de R\$ 4,2 bilhões (jan/2005). O montante de recursos já aplicado pela concessionária, de R\$ 3,5 bilhões (jan/2005), equivale a aproximadamente 83% do valor pactuado inicialmente o que resulta em um déficit entre a construção e o fluxo financeiro próximo de 44%, em detrimento do interesse público.

222. Tal conduta por parte da concessionária geram riscos significativos de que os recursos públicos utilizados para financiar o empreendimento estejam sendo mal geridos e, conseqüentemente, impactem nos objetivos dos órgãos públicos que participam dessa empreitada e do interesse público.

223. A alta materialidade dos recursos em questão, a ausência de regular autorização pela Agência dos projetos que contém alterações promovidas pela concessionária, bem como o evidente descompasso entre o fluxo físico e financeiro das obras exigem que a ANTT realize o levantamento completo e devidamente fundamentado dos quantitativos e custos até o momento executados pela concessionária, de forma a identificar o volume real de recursos já investidos nas obras de implantação da ferrovia e subsidiar a deliberação da Diretoria da ANTT a respeito da autorização ou não do investimento sob a nova conformação do projeto estabelecida pela concessionária.

224. Tendo em vista ainda que o novo contrato de concessão firmado em janeiro de 2014 prevê a possibilidade de a concessionária antecipar a venda de capacidade de carga da ferrovia, vislumbra-se necessário que cientificar os interessados em celebrar Contrato Operacional Específico – COE com a TLSA na Malha II dos riscos assumidos caso decidam pela realização de aporte de recursos nesta ferrovia sob a forma de contratos futuros de compra de capacidade.

225. Ante o exposto, uma vez que os projetos originalmente aprovados foram objeto de alterações substanciais quando do procedimento de readequação, é importante **determinar à ANTT que faça a devida análise dos projetos e orçamentos de todos os lotes da Ferrovia Transnordestina, levantando o que já foi efetivamente executado até o momento, submetendo-os a aprovação da Diretoria da Agência conforme prevê o art. 4º da Resolução ANTT 2.695/2008.**

226. Propõe-se determinar que a ANTT **proceda o levantamento completo dos serviços de construção da Malha II já executados pela concessionária Transnordestina Logística S.A., identificando de forma fundamentada os serviços, quantitativos e custos correspondentes, bem como que comunique aos eventuais interessados na assinatura de Contrato Operacional Específico – COE (§1º, inciso XIII, do art. 7º da Resolução ANTT 3.695/2011) com a concessionária Transnordestina Logística S.A na Malha II que o respectivo contrato de concessão encontra-se sob análise deste Tribunal, cientificando-os dos riscos assumidos caso decidam pela realização de aporte de recursos na ferrovia Transnordestina sob a forma de contratos futuros de compra de capacidade.**

227. Mostra-se necessário, também, **determinar que, em 30 dias, a Sudene, o Banco do Nordeste do Brasil - BNB, o Ministério da Integração Nacional, o BNDES, o BNDESPar e a Valec avaliem os impactos do descompasso entre os recursos dispendidos e a execução física da ferrovia Nova Transnordestina, assim como do descumprimento dos parâmetros de qualidade das obras em execução, nos recursos já aplicados e a serem liberados pelos respectivos órgãos públicos, encaminhado ao TCU as análises detalhadas e as eventuais medidas adotadas.**

228. Ressalta-se ainda que é necessário que essas análises e as devidas providências sejam adotadas o mais breve possível, tendo em vista a importância social desse empreendimento e o risco de que vultuosos recursos públicos sejam aplicados de forma irregular no curto prazo.

229. A medida proposta visa resguardar o patrimônio público e garantir que o interesse público está sendo atingido com a execução do empreendimento dentro do prazo e com custo e qualidade adequados.

3.3 - Alterações substanciais no contrato de concessão à margem de estudos que justifiquem o atendimento ao interesse público e que comprovem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato original

230. Verificou-se que o contrato de concessão, proveniente da cisão da Malha Nordeste, assinado em 22/1/2014 entre a União, por meio da ANTT, e a Transnordestina Logística S.A-TLSA para a construção e a exploração da Malha II foi celebrado de forma atípica, sem a realização de estudos prévios e análises que justifiquem o interesse público e que comprovem a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, em afronta aos dispositivos da Lei 10.233/2011, da Lei 8.987/1995 e de cláusulas do contrato de concessão.

231. No modelo regulatório vigente, nos termos do inciso VI do art. 24 da Lei 10.233/2001, a ANTT possui a competência de resguardar os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços de transportes terrestre já celebrados antes da criação desta Agência, como é o caso da concessão em análise.

232. Outros critérios utilizados foram o contrato originalmente firmado e a Lei 8.987/1995. No caso da Lei, verifica-se em seu art. 2, inciso II, que a concessionária irá prestar o serviço delegado por sua conta e risco e por prazo determinado. O principal risco transferido para a iniciativa privada nesse modelo foi o risco de demanda e o prazo da concessão será determinado, podendo ser renovado, conforme definido no contrato, se a concessionária alcançasse um bom desempenho em suas atividades.

233. O novo contrato de concessão originou-se de um pleito da concessionária Transnordestina Logística S.A para que formalizasse a cisão da concessão da ferrovia Nova Transnordestina, que antes integrava a Malha Nordeste (peça 21, p. 3-4).

234. No requerimento, a TLSA justificou ser necessário obter segurança contratual no que se refere às obrigações assumidas no Protocolo de Intenções assinado em 2005 e apontou para a necessidade de: (i) incluir as obrigações relativas à construção do projeto Nova Transnordestina, com a implantação e exploração de terminais intermodais nos portos de Pecém e Suape; (ii) excluir as superposições de trechos entre a Malha Nordeste e as linhas e ramais do projeto Nova Transnordestina, bem como trechos inviáveis econômica e operacionalmente; e (iii) prorrogar o prazo da concessão para fins de assegurar o retorno e a remuneração dos investimentos feitos na concessão.

235. Em resposta, a ANTT autorizou a cisão do contrato de concessão dos serviços da Malha Nordeste, mediante as Resoluções-ANTT 4.042/2013 e 4.041/2013, que resultou na celebração, pela ANTT, em 20/9/2013, de um Termo Aditivo ao primeiro contrato de concessão - para a prestação dos serviços relativos à Malha I - e de um novo contrato de concessão para a construção e exploração da Malha II.

236. Ao analisar o Processo 50500.102582/2012-47, que trata da cisão da concessão da ferrovia Transnordestina, constatou-se a inexistência de quaisquer estudos ou análises da ANTT acerca do impacto econômico e financeiro das novas obrigações assumidas pela concessionária e pelo poder concedente no equacionamento do equilíbrio econômico-financeiro do novo contrato firmado. Verificou-se no processo administrativo apenas a inclusão da minuta do novo contrato, para, em seguida, sem análise da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do empreendimento, incluir o contrato assinado pelos responsáveis na ANTT, no DNIT e pela Concessionária TLSA. Como será visto adiante, não há nenhuma nota técnica ou planilha contendo os estudos de demanda que resultarão no fluxo de caixa com as receitas futuras e os custos do projeto.

237. Conveniente destacar que a nova avença formalizou a construção da Malha II, a qual se sobrepõe ao Projeto Nova Transnordestina, como obrigação contratual da concessionária. Contudo, desde a análise das condicionantes de projeto que apontou divergências entre os quantitativos de orçamento e de projeto, a ANTT não efetuou nenhuma análise acerca do orçamento da construção do Projeto Nova Transnordestina. O orçamento proposto para o projeto não foi, portanto, em nenhum momento autorizado pela Agência, de maneira que o único estudo existente acerca do valor do empreendimento foi a proposta inicial apresentada pela própria concessionária para construção do Projeto. O projeto de viabilidade de construção do projeto Nova Transnordestina apresentado em 2005 pela concessionária TLSA consistia em concluir as obras da ferrovia em quatro anos - de 2006 a 2009 - com um investimento inicialmente previsto de R\$ 4,3 bilhões.

238. Ademais, como identificado nos achados 3.1.B e 3.2, a aprovação dos projetos de engenharia dos trechos relativos à Nova Transnordestina apresentou irregularidades, quais sejam: (i) ineficiência na elaboração dos projetos pela concessionária e (ii) irregularidades nas autorizações dos projetos pela ANTT.

239. Portanto, conclui-se que não há documentos nem análises que justifiquem os valores contidos na nova avença no processo administrativo de formalização contratual da Malha II. Apesar

disso, buscou-se compreender as cláusulas mais relevantes do novo contrato, uma vez que foram inseridas alterações substanciais na modelagem adotada originalmente.

240. A equipe de auditoria analisou os termos do novo contrato e verificou que foi estabelecido um modelo atípico de capitalização de recursos e amortização dos investimentos necessários para a construção da Malha II associado à prorrogação de prazo do contrato, que, a princípio, provoca uma ruptura no equilíbrio econômico-financeiro inicialmente firmado e não encontra respaldo na Lei 8.987/1995, descaracterizando por completo o modelo de concessão originalmente licitado.

241. Observou-se que a Cláusula Terceira do Contrato define que o novo prazo de concessão foi prorrogado para 2057 ou, alternativamente, até que o saldo do Capital Próprio Investido - CPI atinja, por meio da fórmula apresentada, o retorno atualizado de 6,75% a.a. A Quarta Cláusula do ajuste trata das regras de financiamento do empreendimento e aborda a fórmula a ser utilizada no Contrato de Uso da Via Permanente.

242. Assim sendo, foram solicitadas à ANTT e ao Ministério dos Transportes cópias dos documentos referentes aos estudos e às análises empreendidas que forneceram subsídios para a inclusão, especialmente, da terceira e da quarta cláusulas no contrato de concessão da Malha II (peça 23) visto que a ANTT deveria ter procedido a uma análise técnica do ponto de vista econômico e financeiro do fluxo de caixa do projeto, considerando especificamente todos os termos contratuais pactuados, a fim de motivar o novo contrato administrativo que veio a ser celebrado.

243. Em resposta, a ANTT, por meio do Ofício 455/2014/DG/ANTT (peça 50) afirmou que "tendo em vista a natureza da matéria, informamos que a resposta ao Ofício 03-218/2014/SefidTransporte será dada por aquela pasta ministerial, que inclusive já foi notificada pelo TCU para manifestação de igual teor". Apesar de a matéria ser de competência da ANTT, conforme art. 24 da Lei 10.233/2001, ficou claro que a Agência não possui os estudos mínimos necessários para a celebração do contrato.

244. Em seguida, o Ministério dos Transportes, por meio de sua Secretaria de Fomento para as Ações de Transporte - SFAT, encaminhou documento contendo o "entendimento daquela setorial em relação ao contrato em questão", ou seja, a Nota Informativa revelou a opinião daquele órgão favoravelmente à adoção dos termos da avença, sem, no entanto, conter qualquer estudo econômico ou de demanda que possibilite avaliar a fundamentação da nova modelagem empregada (peça 43, p. 3).

245. A SFAT mencionou em sua resposta a existência de um "Acordo de Investimentos" firmado entre os sócios da Concessionária, em que se incluem a VALEC e o FDNE. Infere-se pela resposta da SFAT que esse instrumento teria sido utilizado para estabelecer as cláusulas do novo contrato, prevendo a maneira como o aporte do capital próprio deverá ser realizado e como as linhas de financiamento deverão ser empregadas no projeto. Ocorre que as informações contidas nesse documento conflitam com as cláusulas do novo ajuste firmado com a ANTT.

246. Inicialmente, percebe-se que o inciso II da Cláusula Primeira - Definições do Novo Contrato apresenta uma nova estrutura financeira para limitar a participação dos acionistas (recursos próprios e financiamentos públicos - oriundos do BNDES, FINOR, VALEC e FDNE) em R\$ 7.012.000.000,00. Conforme contrato, a parcela de recursos necessários para a conclusão da obra superior a esse montante deverá ser captada no mercado pela concessionária mediante a celebração de "Contratos de Uso da Via Permanente".

247. No Item VIII do Acordo de Investimentos citado, consta que os "acionistas e os financiadores concordam em investir o montante de R\$ 7,041 bilhões (...) como parte dos recursos necessários para a construção da Malha II". Em seguida, conforme consignado no Item IX do Acordo de Investimentos, a "estimativa atual de investimento para a conclusão da Malha II", no valor de

R\$ 7,542 bilhões, inclui a obrigação da CSN de prover R\$ 501 milhões por meio de contrato de uso da via permanente a ser celebrado com a TLSA. O resultado da diferença entre a estimativa do custo da obra e da obrigação da CSN é de R\$ 7,041 bilhões, ou seja, exatamente o mesmo valor contido no Item VIII do referido Acordo. Contudo, este valor é diferente do montante de R\$ 7,012 bilhões contido no novo contrato, o que revela a mencionada distorção entre o acordado e o efetivamente firmado entre as partes.

248. Ainda em relação ao Item IX do Acordo de Investimentos, conforme evidenciado no achado 3.1.B, até o presente momento a ANTT ainda não se pronunciou a respeito do orçamento do projeto de construção da Malha II. Portanto, conclui-se que há uma nítida imprecisão orçamentária em relação aos custos para construção do empreendimento e aos valores positivados tanto no contrato de concessão quanto nos valores contidos no Acordo de Investimentos. Em outras palavras, não se sabe ao certo o valor real do investimento necessário para construir a Malha II.

249. Outro documento ausente nas análises é o estudo de previsão de demanda e de receitas de transporte ferroviário na região. Cabe ressaltar que não foi encontrado no processo administrativo na ANTT, na resposta encaminhada pelo Ministério dos Transportes e no Acordo de Investimento nenhum estudo que apresente qualquer projeção da movimentação de cargas pela malha concedida ao longo do período de concessão. Sem essas projeções, torna-se impossível avaliar e concluir acerca do prazo necessário para amortizar os investimentos realizado na infraestrutura e, conseqüentemente, não há como concluir de forma técnica sobre a necessidade de prorrogação do contrato de concessão.

250. Mesmo sem a análise de custos do empreendimento e da completa ausência de projeções de demanda e de receitas, o novo contrato de concessão inovou a forma de prorrogação da concessão da Malha II. Segundo a Cláusula Terceira do novo contrato, a concessão da Malha II, prevista inicialmente para vigorar até 2027, foi prorrogada por mais trinta anos ou até que a CONCEDENTE declare extinta a CONCESSÃO quando a concessionária alcançar o retorno de 6,75% a.a. sobre o Capital Próprio Investido - CPI.

251. Por sua vez, o Capital Próprio Investido foi definido no novo contrato como a soma dos valores totais aportados, a título de capital social, na Concessionária pelos acionistas. O CPI representa uma parcela dentro da fórmula de cálculo que influencia no prazo de extinção do contrato. Não há informação, nem mesmo no Acordo de investimentos, que justifique o Limite do Capital Próprio Investido, imposto pelo §1º da Cláusula Terceira, no valor de R\$ 4,668 bilhões (data base abril de 2012), ao contrário do que alegou a SFAT em sua resposta.

252. Certamente, **a prorrogação de prazo variável limitado ao ano de 2057 constitui uma inovação da ANTT no novo contrato.** Por meio desse dispositivo, **a concessão deverá ser extinta quando a Taxa Interna de Retorno (TIR) atualizada pela inflação atingir 6,75% a.a.** A adoção dessa TIR corresponde ao Valor Presente Líquido (VPL) do fluxo de caixa de um projeto de investimento reescrita em termos de um possível saldo do Capital Próprio Investido (CPI), conforme fórmula contida no §1º da Cláusula Terceira do novo contrato.

253. Conclui-se que o prazo variável foi adotado porque não foram realizados estudos de demanda para embasar o tempo necessário para amortizar o empreendimento. Isso porque, se por um lado, não houver demanda suficiente, a concessão será extinta em 43 anos e os investimentos não amortizados deverão ser indenizados pelo poder concedente. Por outro lado, se a demanda for suficiente para atingir uma TIR de 6,75% a.a., significa dizer que a concessionária obteve retorno e remuneração do capital investido no empreendimento. Dessa forma, **esse novo dispositivo contratual retira o risco de demanda do empreendimento, em contraponto ao que determina o art. 2º da Lei 8.987/1995.**

254. Ainda sobre a prorrogação de prazo da concessão, a SFAT afirmou em sua resposta que a Cláusula Terceira do contrato original de concessão prevê que "em havendo interesse manifesto de ambas as partes, o presente contrato poderá ser prorrogado até o limite de 30 anos, a exclusivo critério da Concedente". A resposta da SFAT, no entanto, desconsiderou o parágrafo 2º dessa mesma Cláusula, à qual afirma que "A CONCESSIONÁRIA poderá pleitear a prorrogação da CONCESSÃO desde que não tenha sido reincidente em condenação administrativa (...) e tenha atingido e mantido a prestação de serviço adequado". Como destacado no achado 3.1.A, a TLSA pleiteou a prorrogação do prazo sem prestar o serviço concedido adequadamente, com reiterado descumprimento de metas de produção e redução de acidentes e, ainda, tendo descumprido o prazo, o custo e a qualidade do empreendimento de forma reincidente. Destaca-se que o contínuo descumprimento contratual da concessionária ensejou até mesmo a instauração de processo de caducidade da concessão.

255. Além da ausência de análise do custo do empreendimento e de estudos a respeito do nível de demanda, não há estudos que comprovem ou que analisem a capacidade operacional das vias férreas em construção. Esse estudo é fundamental para se avaliar a viabilidade e o equilíbrio econômico financeiro do novo contrato, ainda mais quando a CSN está obrigada a prover R\$ 501 milhões, conforme consta do Acordo de Investimentos, por meio de contratos de uso da via permanente a ser celebrado com a TLSA. Não se sabe o quanto a TLSA terá de garantir à CSN, em termos de capacidade, em troca do contrato celebrado. Assim, corre-se o risco da concessionária TLSA garantir à CSN o direito de usufruir a malha por um preço menor que o custo e, assim, obter vantagens perante os demais acionistas.

256. Em resumo, o contrato para a construção e a exploração da Malha II foi celebrado de forma irregular, pois:

a) não foi antecedido por estudos mínimos (e.g. custos operacionais, investimentos, demanda, receita) capazes de motivar o interesse público e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, em afronta ao art. 10 da Lei 8.987/1995;

b) o modelo de concessão previstos na Cláusula Terceira do Contrato retira o risco de demanda do empreendimento, em contraponto ao que determina o art. 2º da Lei 8.987/1995; e

c) o contrato com concessionária que tem reiteradamente descumprido metas de produção e redução de acidentes, bem como o prazo, o custo e a qualidade do empreendimento, em desobediência ao previsto Parágrafo 2º da Cláusula 3ª do contrato de concessão original, será prorrogado.

257. Observa-se que a irregularidades foi causada pela omissão da ANTT quanto ao dever de justificar o atendimento ao interesse público, bem como de analisar a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão, ante às substanciais alterações que acabaram por gerar uma nova avença que contém diversas cláusulas irregulares.

258. Como consequência, a presente irregularidade permite a possibilidade de execução desequilibrada do contrato de concessão em favor da concessionária e a ofensa ao interesse público.

Manifestação da ANTT

259. A ANTT apresentou (peça 107, p. 12-27) diversos argumentos que visam justificar os atos adotados que culminaram na presente irregularidade. A Agência dividiu a sua manifestação em duas partes principais, a primeira buscou demonstrar o interesse público e, em seguida, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão assinado em janeiro de 2014. Em seguida, abordou outras questões apresentadas na irregularidade.

260. Em primeiro lugar, a Agência apresentou os argumentos que sustentariam o interesse público nesse empreendimento. Destacou ser público e notória a necessidade de infraestrutura

ferroviária no país, motivo pelo qual o governo federal lançou em 2012 o Programa de Investimento em Ferrovias. Declarou que as agências reguladoras, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001, implementam as políticas públicas definidas pelo governo. No caso concreto, a ANTT entende que a demonstração e manifestação do interesse público compete ao formulador de políticas públicas, o que ocorreu por meio do Protocolo de Intenções formalizado em 2005.

261. Assentaram que tanto o conteúdo do referido protocolo quanto as tratativas que se sucederam demonstram claramente o intuito do governo de prover a região Nordeste do país de serviço de infraestrutura apto a prestar os serviços de transporte ferroviário de cargas.

262. Ressaltaram que em 2007 a obra foi incluída no rol de empreendimento do Programa de Aceleração do Crescimento, que tem o intuito de promover a execução de grandes obras de infraestrutura do país. Essa solução se apresentou como alternativa – no âmbito exclusivo de influência da Malha Nordeste – ao projeto da Transnordestina, que na origem seria realizado com recursos e responsabilidade exclusivos da União. Portanto, para a ANTT, não há o que se questionar o interesse público no projeto uma vez que o governo inseriu a obra no PAC, firmou um Protocolo de Intenções e garantiu o financiamento público.

263. Passou, em seguida, a apresentar seus argumentos acerca da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do novo contrato assinado. Para a Agência, a não construção pelo poder concedente dos projetos que visavam completar a Malha Nordeste, contribuiu para uma quase inviabilidade da concessão original. A concessionária, por meio do Protocolo de Intenções, opta por assumir a “execução dos referidos projetos, arcando com os respectivos custos”, momento em que houve o desequilíbrio do contrato.

264. Para a recomposição do contrato, a Agência ponderou que a única forma viável no presente caso seria o ajuste no prazo de concessão e que, para isso, o Governo Federal definiu os seguintes limites: “(i) a estrutura de capital do projeto, notadamente o valor máximo de aporte dos acionistas (BNDES, FINOR e VALEC) e das estruturas de financiamento disponibilizadas para o projeto (FDNE, BNDES, BNB), fixado em R\$ 7,012 bilhões (abril de 2012); e (ii) a taxa de retorno do projeto definida pela Secretaria do Tesouro Nacional em 6,75% a.a.”

265. Com base nessas premissas, a ANTT adotou as medidas regulatórias e contratuais que resultaram na vinculação da vigência do contrato ao retorno máximo permitido ao investidor limitada ao prazo máximo com prorrogação do contrato. Apresentou argumentos de que o quesito para o equilíbrio do contrato seria a aceitação mútua das condições apresentadas pelas partes, concessionário e poder concedente. Concluiu nessa linha que “no presente caso, definida pelo Governo a Taxa Interna de Retorno Máxima, foi a mesma considerada atrativa pela concessionária, levando ao entendimento de que estaria assim garantido o equilíbrio do contrato”.

266. Em seguida, dissertou sobre a ausência de potencial dano ao erário nas ações regulatórias tomadas. Em relação à hipótese de investimentos superestimados para construção da ferrovia, alegou que o novo contrato assinado veda expressamente qualquer indenização ao final da concessão, seja ela pelo atingimento da TIR ou do prazo. Para o término antecipado da concessão, para fins de reversibilidade, prevê-se contratualmente a “necessidade de avaliação técnica e financeira, por parte do Poder Concedente, dos investimentos realizados e não amortizados”.

267. Prosseguiu a oitiva comentando trechos do relatório de auditoria preliminar. Acerca da ruptura do equilíbrio resultante do novo contrato, alegaram que o equilíbrio do contrato refere-se a Malha I e que, apesar de ter sido afetado pela inserção das novas obrigações (construção da Malha II), manteve-se intacto com a imediata cisão da concessão autorizada pela Resolução ANTT 4.042/2013.

268. Entendem que a adoção do TAC, a celebração de termo aditivo ao contrato da malha antiga e a cisão da Malha Nordeste visa preservar o interesse público na continuidade do serviço público.

269. Ressaltou que, quanto ao aspecto jurídico, o Parecer 170 3.1.1/2013/PF-ANTT/PGF/AGU concluiu pela inexistência de impedimentos de natureza jurídica.

270. Em relação à falta de estudos de demanda, alegou que a interpretação que deve ser dada para a inclusão da TIR é a de que a modelagem de vigência do contrato está atrelada ao retorno do investimento limitado aos 6,75% a.a. ou ao prazo entendido como suficiente para a obtenção desse retorno. Segundo a Agência, o risco de demanda permanece com a concessionária visto que: i) o contrato da Malha II dispôs que não caberá indenização por investimentos não depreciados; e ii) a TIR (6,75% a.a.) representa uma taxa adequada para remuneração de investimentos.

271. A Agência declarou que o equilíbrio do novo contrato não se baseia em estudos de demanda ou na capacidade operacional dos trechos a serem construídos, que se darão em função do atingimento da TIR ou do prazo da concessão. Quanto ao investimento a ser realizado pela CSN no valor de R\$ 501 milhões, a Agência reconheceu que representam os recursos adicionais aos R\$ 7,012 bilhões, que já se estima serem necessários à conclusão da obra. Essa solução buscou i) evitar que os acionistas públicos fossem compelidos a aportar mais capital para financiar o término da obra; ii) impedir que, em havendo aporte exclusivo da acionista privada resultasse na diminuição das participações dos acionistas públicos.

272. Afirmou que o Contrato de Uso da via é regulado por resolução própria e o risco apontado no relatório seria mitigado uma vez que os contratos celebrados entre a Concessionária e os Acionistas devem ser submetidos à Valec para autorização.

Análise da manifestação da ANTT

273. A oitiva da ANTT, apesar de abordar diversas questões do relatório de auditoria, não se mostrou suficiente para sanar a presente irregularidade. Destaca-se que nenhum estudo foi apresentado na manifestação da Agência para análise da unidade técnica, restando concluir que realmente o Contrato da Malha II foi firmado sem motivação do interesse público e sem a análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

274. Os entendimentos apresentados, sem os referidos estudos ou documentos, são frágeis e carecem de motivação prévia, uma vez que, conforme inciso I do art. 50 da Lei 9.784/99, os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando **afetarem direitos ou interesses**.

275. A assinatura do contrato de concessão da Malha II afeta diretamente os interesses e os direitos da Sociedade. Não se pode confundir, como a Agência o fez, que para o alcance do interesse público não basta que tal obra seja objeto de um Protocolo de Intenções ou conste do rol de obras do PAC. Conforme ensinamentos de Marçal Justen Filho

Afigura-se indispensável a integração da Sociedade no âmbito da relação da concessão, assumindo a condição de parte (...) O enfoque democrático exige, ao ver do autor, a diferenciação entre Estado e Sociedade (...) **Não se pode admitir que o Estado (ou, o que seria pior, a Administração Pública) seja uma espécie de tutora da Sociedade, com a faculdade de formalizar como bem entender a solução para os problemas de interesse coletivo.** (Justen Filho, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, Ed. dialética, p.295)

276. Na regulação dos serviços públicos, a agência reguladora possui o papel de buscar harmonizar e equilibrar os interesses do poder concedente, do concessionário e da sociedade. Conclui-

se que o interesse público de uma obra pública, que no presente caso está associada a uma concessão de serviço público, não se limita ao seu alinhamento aos programas de governo. Esta é sim uma condição mínima, mas insuficiente, visto que a “supremacia do interesse público é princípio norteador da Administração Pública que pretende **compatibilizar os interesses coletivos com a minimização de sacrifícios**” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 130).

277. Assim, a assinatura de Protocolo de Intenções e a inclusão desta obra no PAC são insuficientes para compatibilizar os interesses coletivos, pois em nenhum momento o governo federal ou a ANTT realizaram estudos que detalham quais os sacrifícios a serem suportados pelo coletivo por uma obra dessa magnitude e que foram oferecidas diversas fontes de recursos públicos para a sua conclusão.

278. Ademais, **um dos sacrifícios que merecem ser sopesados é a prorrogação de prazo de uma concessão por mais de 43 anos a uma concessionária que nunca conseguiu atingir as metas contratuais pactuadas, assim como não logrou em concluir a obra nos prazos, custos e qualidade acordados**. Nessa análise deveria constar também a avaliação dos sacrifícios impostos na contratação da própria concessionária e não de uma empresa de engenharia especializada, visto que a única exclusividade concedida à TLSA é o direito de exploração do serviço de transporte ferroviário de cargas e não a construção dos bens operacionais da ferrovia, que poderia ser realizado por um terceiro.

279. A ausência desses estudos se torna visível na oitiva quando ANTT alega que “o governo federal definiu os seguintes limites (...) (i) a estrutura de capital do projeto, (...) em R\$ 7,012 bilhões (abril de 2012); e (ii) a taxa de retorno do projeto definida pela Secretaria do Tesouro Nacional em 6,75% a.a.”. Restou patente que os valores do contrato foram definidos arbitrariamente pelo governo federal e a ANTT, sem questionar, os positivou no novo contrato de concessão.

280. Acerca dos limites “definidos” pelo governo federal, não foi apresentado nenhuma motivação e nenhum critério que para a inclusão desses valores. Ressalta-se que o R\$ 7,012 bilhões somado aos R\$ 501 milhões a serem aportados pela CSN por meio do uso da via, nas palavras da própria Agência, seria o montante “estimado” para a conclusão do empreendimento, em que pese a própria ANTT reconhecer que desconhece o orçamento da obra.

281. Quanto à TIR, percebe-se que **essa taxa também é completamente estranha ao contrato inicialmente firmado** e, por não ter sido considerada naquele momento, é responsável pela quebra do equilíbrio do contrato. Sobre esse assunto, a ANTT erradamente afirmou que o equilíbrio do contrato se refere unicamente na Malha I. Não há embasamento jurídico ou lógico que dê suporte a esse argumento, visto que o contrato da Malha II quanto da Malha I surgiram da cisão do contrato da Malha Nordeste, portanto a inclusão de deveres, garantias e obrigações estranhos a este contrato causam desequilíbrio. Dizer que o equilíbrio do contrato refere-se unicamente à Malha I é o mesmo que dizer que a Malha II foi concedida sem licitação. Como bem determina o art. 10 da Lei 8.987/1995, atendidas as condições de contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro.

282. A falta de estudos de projeção de demanda pelo transporte ferroviário na Malha II e a consequente garantia de uma rentabilidade acordada acabou por retirar o risco de demanda da concessionária, ao contrário do que argumentou a Agência. Se, por um lado, houver alta demanda na ferrovia, a concessão se extinguirá quando a TIR inserida no contrato for atingida. Nessa situação, significa que dizer que a concessionária estaria plenamente satisfeita em limitar os seus ganhos ao ter que deixar de operar o sistema antes do prazo concedido. Por outro lado, se a demanda for baixa, a concessionária garantirá exclusividade na operação da malha ferroviária por mais 43 anos, ou seja, por um prazo injustificado, ainda maior que o inicialmente previsto no edital de licitação da concessão.

283. Dessa maneira, não merece prosperar, o argumento da Agência de que o equilíbrio do novo contrato não se baseia em estudos de demanda ou na capacidade operacional dos trechos a serem construídos, mas que se darão em função do atingimento da TIR ou do prazo da concessão. Ressalta-se, que o equilíbrio do contrato firmado não se confunde em nada com a oferta de garantias de retorno do projeto ao concessionário.

284. Conclui-se que **sem os estudos, não há como avaliar se os limites definidos pelo governo federal estão adequados ao tamanho do empreendimento e a taxa de retorno do projeto, ainda que a concessionária tenha concordado com os limites impostos**. Há, sim, uma ilegalidade na condução do processo, porque a assinatura de parcela cindida de uma concessão tem que buscar manter o equilíbrio original, mas ao contrário do que ocorreu, os valores foram incluídos na avença após arranjos entre o governo federal e o concessionário.

285. Em seguida, a ANTT alegou que o Parecer 170 3.1.1/2013/PF-ANTT/PGF/AGU se manifestou pela falta de impedimento de natureza jurídica, porém furtou-se de considerar o total da conclusão daquela procuradoria que destacou “34. Por todo o exposto, **abstraídas as questões de ordem técnica**, bem como observados os juízos de conveniência e oportunidade acerca das propostas em tela, esta Procuradoria-Geral se manifesta pelo regular prosseguimento das minutas, ante a inexistência de impedimentos de natureza jurídica.”

286. Posteriormente, o trecho do Parecer 1.223 – 3.3.1/2013/PF-ANTT/PGF/AGU, no âmbito do processo 50500.102582/2012-47 (fls 180-184), registrou que

4. Quanto à mencionada minuta de Contrato de Concessão, de fls. 86/113, presume-se que não tenha sido ainda aprovada pela Diretoria da ANTT em razão da necessidade de que previamente à celebração seja efetivada a citada cisão da Concessionária, conforme aprovado pela Resolução ANTT nº 4.042, de 22 de fevereiro de 2013, fls. 167/169.

(...)

7. Neste ponto, vale esclarecer, diferentemente do que afirmado na segunda parte do item 13 da mencionada Nota Técnica nº 005/2013/SUREG/SUFER/ANTT, a minuta de Contrato de Concessão de fls. 86/113 9Malha II não foi aprovada pela Resolução ANTT nº 4.042, de fevereiro de 2013. Tal Resolução tão-somente autorizou a operação da cisão da Concessão e determinou providências dela decorrentes, mas em momento algum aprovou a prefalada minuta de Contrato de Concessão (Malha II), **que resta pendente de aprovação**.

287. Conclui-se que o contrato de concessão da Malha II resta pendente de aprovação no que tange os aspectos técnico e jurídico. O aspecto jurídico, no que diz respeito à inclusão de 1728 km de ferrovia ao contrato original e a posterior cisão em duas malhas com a criação de uma modelagem totalmente estranha à Lei de Concessões, não foi objeto da análise e apontado na irregularidade. Quanto ao aspecto técnico, foi possível constatar que o novo o contrato de concessão referente a Malha II foi assinado à margem de estudos que justifiquem o atendimento ao interesse público e que comprovem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato original e, portanto, os argumentos trazidos aos autos não são suficientes para sanar a presente irregularidade.

Manifestação da TLSA e FTL

288. Em seguida as Concessionárias TLSA e FTL (peça 116, p. 40-43) apresentaram documento que pontou partes do relatório de auditoria encaminhado para análise. Alegaram que o empreendimento se trata de um projeto público-privado, no sentido *lato sensu*, voltado para “realizar intervenções com amparo em previsão no Contrato de Concessão no sentido de que a concessionária tem os direitos de “construir ramais” (...) sempre com pré-autorização da concedente (...) e de “ampliar a prestação do serviço concedido”.

289. Apresentaram que os atos foram praticados em três dimensões específicas de projeto, a saber: i) fase de postulação, ii) fase de especificação conceitual e de aprovação condicional do projeto e iii) fase de aprovação de projetos executivos e da efetiva execução de obras. Nessa perspectiva, afirmaram que as autorizações dadas inicialmente pela ANTT levaram em conta o interesse da própria TLSA em exercer o seu direito de construir ramais, utilizando o apoio da União e de seus agentes financeiros para a efetivação de política pública expressa no Protocolo de Intenções.

290. Alegaram que a viabilidade das intervenções, estimadas no projeto conceitual, foi verificada com apoio dos órgãos federais e financiadores públicos do projeto Nova Transnordestina, que atuaram no caso na qualidade de prepostos e entes auxiliares da União, sob a coordenação dos Ministérios dos Transportes, da Fazenda e da Integração Nacional.

291. Continuaram defendendo que a aprovação pela ANTT do projeto conceitual estava compatível com o Contrato de Concessão, visto que a execução dos projetos executivos necessitaria de aprovação prévia e que as medidas propostas não causariam alteração da equação econômico-financeira do contrato. Descreveram que a partir da elaboração dos projetos executivos que o Ministério dos Transportes ajustou com a concessionária o regime específico de financiamento das obras, considerando em um maior grau de precisão dos custos de implantação e de retorno do capital investido.

292. Por fim, reconheceu que somente com a “realização de exaustivas negociações entre as partes (União e concessionária)” e com a comprovação, feita por meio de documentos junto aos financiadores do projeto, da propriedade dos números contidos nos projetos executivos que foi possível demonstrar a necessidade de prorrogação do prazo da concessão visando manter a equação econômico-financeira do empreendimento, considerando a limitação imposta pela Secretaria do Tesouro Nacional.

Análise da manifestação da TLSA e FTL

293. Em oitava, as concessionárias TLSA e FTL não apresentaram documentos que justifiquem o interesse público e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão da Malha II. Pelo contrário, ao final da oitava, as concessionárias reconheceram que o contrato da Malha II foi negociado com a União, especialmente quanto a necessidade de prorrogação do prazo da concessão para amortizar os investimentos realizados.

294. O argumento de que as intervenções propostas não alteraram a equação econômico-financeira do ajuste não é válido, pois, sem adentrar na questão do direito da concessionária em construir “ramais”, a construção de uma malha férrea mais moderna e com quase 1/3 da extensão da ferrovia inicialmente concedida possui o condão de alterar o equilíbrio do contrato celebrado. As alterações propostas associadas às medidas necessárias visando a manutenção do equilíbrio contratual, deveriam ter sido motivadas para, posteriormente, serem incluídas na avença.

295. Sem a formalização das alterações e dos mecanismos de reequilíbrio do contrato, a negociação, que é um processo personalista, se torna uma opção para a resolução de possíveis problemas. Por outro lado, a motivação e os estudos de demanda e de investimentos são ferramentas que buscam a impessoalidade prevista na constituição na avaliação da inclusão de novas obrigações, direitos e garantias no contrato. A ausência destas ferramentas torna impossível avaliar, de maneira impessoal, se o novo contrato representa o interesse público, bem como se mantém a equação econômico-financeira equilibrada.

296. No caso concreto, as negociações havidas com certeza não têm beneficiado os usuários, visto que os prazos para conclusão, os custos de implantação e a qualidade da obra não vem sendo

respeitados. Portanto, conclui-se que a oitiva das concessionárias não foi suficiente para sanar a presente irregularidade.

Análise da responsabilização

297. Por se tratar exclusivamente de ato de gestão, os Diretores da ANTT foram identificados na qualidade de responsáveis pela conduta que resultou na presente irregularidade. São eles: Jorge Luiz Macedo Bastos – Diretor-Geral Substituto; Natália Marcassa de Souza – Diretora Interina; Ana Patrícia Gonçalves Lira – Diretora Interina; e Carlos Fernando do Nascimento – Diretor Interino.

298. A responsabilidade recai sobre aqueles membros da diretoria da ANTT tendo em vista que foram eles os signatários do contrato firmado em 22/01/2014, que, uma vez desprovido dos estudos de viabilidade técnica e econômica, impediu que o poder público contratante tomasse conhecimento da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da atual relação contratual resultante desse novo contrato, bem como das justificativas de que as alterações promovidas no contrato atendem aos interesses públicos, ao mesmo tempo em que não se tem conhecimento nos autos dos processos administrativos da ANTT sobre eventuais medidas de compensação em favor do poder concedente. Os responsáveis deveriam ter postergado e condicionado a assinatura do novo contrato à aprovação de referidos estudos preliminares.

299. A boa-fé dos responsáveis neste caso não pode ser presumida, tendo em vista não ser possível dessumir sua falta de conhecimento técnico quando da prática do ato irregular, consistente na assinatura de documento contratual desprovido de elementos básicos e necessários a qualquer contratação de obra ou serviço, tais como projetos, estudos de viabilidade e orçamento.

300. Em verdade, era exigível conduta diversa dos gestores, visto que não se tratava de uma autorização corriqueira, mas de um projeto de grande magnitude que carece de vultosos investimentos, em sua maioria provenientes de recursos públicos. De forma coerente, os responsáveis não deveriam ter assinado o novo contrato ao verificarem que o modelo de equilíbrio econômico-financeiro contido na nova avença é atípico que não se assemelha em nada com o contrato de concessão vigente, ao qual foi cindido em janeiro de 2012 por meio de autorização da própria diretoria. Assim, a diretoria somente poderia motivar sua decisão em assinar o novo contrato com base em estudos técnicos e jurídicos prévios, o que não houve.

301. Os responsáveis deveriam considerar também que o novo contrato permitiu a prorrogação da concessão da prestação de transporte ferroviário de cargas por mais 43 anos com uma concessionária que nunca atingiu as metas de desempenho.

302. Ainda acerca da prorrogação, a diretoria desconsiderou que esta concessão, considerada vertical, irá conviver com um novo modelo regulatório do transporte ferroviário, o *open access*, que será implementado pela própria Agência. Sopesando que o prazo das concessões horizontais será de 35 anos, verifica-se que o novo contrato assinado com a TLSA manterá por muito tempo a coexistência desses dois modelos, o vertical e o horizontal, sem que se saibam os impactos dessa convivência na regulação e operação do sistema de transporte ferroviário do país.

303. Ante o que se apresenta, conclui-se por necessária a audiência dos responsáveis, para que apresentem razões de justificativa quanto à presente irregularidade, consoante o que dispõe o artigo 250, IV, do Regimento Interno/TCU.

Conclusão

304. Evidenciou-se que o contrato assinado com a TLSA foi firmado sem uma avaliação prévia que permitissem concluir acerca da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato e

justificar o interesse público, baseada em estudos mínimos que envolvessem aspectos de custos operacionais, investimentos, demanda, receita etc.

305. Destaca-se que foram incluídas na avença a obrigação de construção pela TLSA da ferrovia sem saber o real custo do investimento, a prorrogação antecipada do prazo de concessão por mais 30 anos sem que a concessionária demonstre a capacidade para alcançar as metas de desempenho e a exclusão do risco de demanda da concessionária.

306. Ademais, o modelo de concessão previsto retira o risco de demanda do empreendimento, em contraponto ao que determina o art. 2º da Lei 8.987/1995.

307. Propõe-se, nesse sentido, **realizar a audiência dos Diretores da ANTT signatários do contrato de concessão da Malha II.**

308. Conveniente também, **determinar que a ANTT:**

a) proceda a realização dos estudos mínimos (e.g. demanda, receitas, custos operacionais, investimentos etc.) necessários para justificar que os termos do contrato da Malha II mantenham o equilíbrio da concessão regularmente licitada e que atendem ao interesse público,

b) considerem o descumprimento contratual recorrente da concessionária, bem como o resultado do processo administrativo com objetivo de declaração de caducidade da concessão, na avaliação da legalidade e da conveniência e oportunidade da prorrogação contratual;

c) adotem as medidas necessárias para, a depender do caso, ajustar ou anular o contrato de concessão na Malha II firmado com TLSA.

309. As determinações acima propostas têm o intuito de garantir o aditivo contratual assinado de fato atenda ao interesse público e às cláusulas do contrato original, bem como permita uma avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

4. CONCLUSÃO

310. A construção do projeto Nova Transnordestina permitirá, assim que estiver pronta, a realização do transporte ferroviário de cargas no nordeste entre a cidade de Eliseu Martins (PI) aos portos de Suape (PE) e Pecém (CE), ou seja, será um canal de escoamento de cargas do interior aos portos. A Malha II possui mais de 1700km e juntamente com a Malha I formam a Malha Nordeste.

311. Diante disso, procedeu-se a auditoria na ANTT para avaliar o acompanhamento da execução contratual da concessão da Ferrovia Transnordestina que avaliou a conformidade (1) do cumprimento das metas contratuais; (2) das medidas tomadas pela ANTT ante o descumprimento de metas de desempenho; (3) da metodologia empregada pela ANTT para avaliação do orçamento das obras de construção da ferrovia; e (4) dos elementos contidos nos estudos que justificam os valores/índices inseridos no novo contrato de concessão.

312. Quanto às metas de desempenho, verificou-se que os níveis de produção alcançados pela concessionária ultimamente revelam um decréscimo contínuo de sua produção, em contraponto ao necessário e almejado desenvolvimento do setor ferroviário. Concluiu-se, que os dados analisados revelam o descumprimento recorrente das metas de desempenho e de redução do índice de acidentes pela TLSA. Os níveis de produção alcançados nos últimos anos, por exemplo, se encontram no mesmo patamar das metas propostas para 1998, ano em que a produção de referência ainda era proveniente da RFFSA.

313. Diante do descumprimento recorrente das metas de desempenho e de redução de acidentes pela TLSA, verificou-se que a atuação da ANTT quanto a aplicação das penalidades previstas nos

normativos internos, no contrato de concessão e na lei não tem sido efetiva. As irregularidades apresentadas na gestão contratual da concessão remetem a inclusão de dívidas já aplicadas no TAC, a falta de cobrança das multas em parcelas autorizadas no TAC e o sobrestamento, sem a devida fundamentação, do processo administrativo para apuração das irregularidades que poderiam ensejar a caducidade da concessão.

314. No que concerne aos procedimentos de autorização e fiscalização da implantação do empreendimento, constatou-se que ressalvas apontadas em autorizações de projeto emitidas pela diretoria da ANTT para os trechos EMT (Eliseu Martins-Trindade), MVP (Missão Velha-Pecém) e SPS (Salgueiro-Porto de Suape) foram irregularmente consideradas suprimidas pela unidade técnica da Agência, que permitiu o início das obras nos trechos citados sem que as ressalvas estabelecidas pela diretoria estivessem sido de fato suprimidas.

315. Em seguida, evidenciou-se que, logo após as condicionantes terem sido consideradas irregularmente suprimidas, os projetos desses mesmos trechos foram alterados de forma significativa pela concessionária. Embora essas alterações tenham sido consideradas regulares pela unidade técnica, até a presente data, os novos projetos não foram submetidos à deliberação da diretoria da ANTT, a quem cabe a responsabilidade por decidir a respeito de autorizar ou não o investimento. Desse modo, verificou-se que a análise completa dos projetos de engenharia elaborados pela concessionária para os trechos EMT, MVP e SPS, restam pendentes de autorização da diretoria da ANTT e de análise dos respectivos orçamentos.

316. Constatou-se que a concessionária TLSA desrespeitou o prazo, o custo e a qualidade das obras de construção do projeto Nova Transnordestina pactuadas. Em que pese a concessionária ter se comprometido concluir a ferrovia em 2010 por R\$ 4,2 bilhões com o padrão de qualidade que permitiriam maiores velocidades operacionais das composições, passados 8 anos, apenas 39% da obra foi concluída e cerca de 83% dos recursos previstos já teriam sido aplicados. Além disso o custo aumentou mesmo com a redução na capacidade operacional da via em decorrência das alterações nas características geométricas da via. Quanto à qualidade das obras, apesar de não terem sido feitas verificações "in loco", com base em documentos analisados, há indícios de que diversos serviços foram executados com qualidade deficiente.

317. A intensa participação de recursos públicos no empreendimento é um fator que deve ser levado em conta. O total dos financiamentos públicos, por exemplo, remete à cifra de R\$ 4,281 bilhões (valores de abril/2012). Há risco significativo de que os recursos públicos utilizados para financiar o empreendimento estejam sendo mal geridos e, conseqüentemente, impactem nos objetivos dos órgãos públicos que participam dessa empreitada e do interesse público.

318. Verificou-se, por último, que o novo contrato de concessão foi firmado à margem de estudos que justifiquem o interesse público e que comprovem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Constatou-se que diversas cláusulas do novo contrato são responsáveis pela ampliação do objeto avençado, pela inclusão de obrigações de construção sem avaliação dos custos do empreendimento, pela prorrogação antecipada da concessão, pela exclusão do risco de demanda do concessionário e pelo desconhecimento da capacidade operacional da nova ferrovia.

319. A assinatura do Protocolo de Intenções juntamente com autorização contida na Resolução 1.210/2005, na visão da ANTT, garantiria o direito da concessionária construir novos trechos ferroviários, utilizando-se para isso diversas fontes de recursos públicos, sem, contudo, haver contrapartida da concessionária quanto ao prazo, valor e qualidade da obra. Tal interpretação resultou no descontrole da concessão da Malha Nordeste quanto ao descumprimento dos prazos de conclusão, ao incremento de custo das obras e à redução de qualidade da ferrovia.

320. Como resultado, o novo Contrato de Concessão da Malha II, cujo escopo e prazo foram ampliados em relação à avença inicial, positivou as alterações promovidas desde a assinatura do referido protocolo de intenções sem a realização de estudos que comprovassem o interesse público e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

321. Em suma, a análise macro da situação permite verificar o descontrole da ANTT em relação à concessionária Transnordestina Logística S.A., uma vez que esta é ineficiente tanto para alcançar as metas de desempenho e de redução de acidentes pactuadas quanto para executar as obras de construção da ferrovia Transnordestina. Associado a isso, verificou-se uma série de irregularidades da ANTT no acompanhamento contratual da concessão da Malha Nordeste, no que tange ao descumprimento de resoluções internas e de leis, que resultam, por fim, no desequilíbrio do contrato em desfavor do interesse público.

322. Diante das irregularidades e das responsabilidades apuradas ao longo desse trabalho, propõe-se a realização de audiências de diversos responsáveis, além de determinações à ANTT.

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

323. Com base no exposto acima, propõe-se encaminhar os presentes autos ao gabinete do Exmo. Ministro-relator com as seguintes propostas:

I) determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, para que no prazo de 60 dias:

I.1) comunique, nos termos do §3º do art. 38 da Lei 8.987/1996, detalhadamente as concessionárias TLSA e FTL sobre os descumprimentos contratuais havidos na Malha Nordeste (**achado 3.1.A3**);

I.2) instaure, após vencido o prazo para correção das falhas e transgressões contido no §3º do art. 38 da Lei 8.987/1996, caso não sejam regularizadas, novo processo administrativo de inadimplência para efeito de declaração de caducidade da concessão da Malha Nordeste, respeitando os ritos contidos na Resolução ANTT 442/2004 (**achado 3.1.A3**);

I.3) se manifeste, por meio da sua Diretoria, nos termos do art. 4º da Resolução ANTT 2.695/2008, acerca do orçamento e das adequações promovidas nos projetos dos trechos da ferrovia Transnordestina entre as cidades de: Salgueiro-Suape (SPS), Eliseu Martins-Trindade (EMT) e Missão Velha-Pecém (MVP), com base em análises que compreendam pelo menos: (**achado 3.2**)

I.3.a) o levantamento, com base nos projetos executivos, do custo total de implantação da Ferrovia Nova Transnordestina (Malha II) que servirá como investimento autorizado nos termos do art. 24, inciso IX, da Lei 10.233/2001;

I.3.b) o levantamento completo dos serviços de construção da Malha II já executados pela concessionária Transnordestina Logística S.A., identificando de forma fundamentada os serviços, quantitativos e custos correspondentes;

I.3.c) avaliação, com base nas análises contidas nos itens anteriores, se há divergência na construção da ferrovia Transnordestina (Malha II) entre os custos das obras efetivamente executadas e os respectivos investimentos públicos liberados para até o momento.

I.4) proceda a realização dos estudos mínimos (e.g. demanda, receitas, custos operacionais, investimentos etc.) necessários para justificar que os termos do contrato da Malha II mantenham o equilíbrio da concessão regularmente licitada e que atendem ao interesse público; (**achado 3.3**);

I.5) considere o descumprimento contratual recorrente da concessionária, bem como o resultado do processo administrativo com objetivo de declaração de caducidade da concessão, na avaliação da legalidade e da conveniência e oportunidade da prorrogação contratual (**achado 3.3**);

I.6) adote as medidas necessárias para, a depender do caso, ajustar ou anular o aditivo ao contrato de concessão firmado com a Transnordestina Logística S.A (**achado 3.3**);

I.7) Comunique, enquanto as determinações acima não forem plenamente cumpridas, aos eventuais interessados na assinatura de Contrato operacional específico – COE (§1º, inciso XIII, do art. 7º da Resolução ANTT 3.695/2011) com a concessionária Transnordestina Logística S.A na Malha II, que o respectivo contrato de concessão encontra-se em análise, cientificando-os dos riscos assumidos caso decidam pela realização de aporte de recursos na ferrovia Transnordestina sob a forma de contratos futuros de compra de capacidade (**achado 3.2**);

II) dar ciência à ANTT de que a inclusão de multas já vencidas no Termo de Ajustamento de Conduta firmado com a concessionária Transnordestina Logística S.A em 20/09/2013, e o parcelamento de dívidas já vencidas afrontam o §2º do art. 1º da Resolução ANTT 3.561/2010 (**achado 3.1.A1**);

III) recomendar à ANTT, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que reveja os seus processos internos de cobrança de dívida e das remessas para inscrição em dívida ativa, alterando ou criando, se necessário, os normativos internos da Agência (**achado 3.1.A2**);

IV) determinar, nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias, ao Fundo de Investimento do Nordeste – FINOR, gerido pela Secretaria de Fundos Regionais e Incentivos Fiscais (Ministério da Integração Nacional), ao Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste – FNE, por meio do Banco do Nordeste - BNB , ao Fundo de Desenvolvimento do Nordeste – FDNE, por meio da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e ao BNDES Participações S.A. - BNDESPar que, em 30 (trinta) dias, avaliem os impactos do descompasso entre os recursos dispendidos e a execução física da ferrovia Nova Transnordestina, assim como do descumprimento dos parâmetros de qualidade das obras em execução, nos recursos já aplicados e a serem liberados pelos respectivos órgãos públicos, encaminhado ao TCU as análises detalhadas e as eventuais medidas adotadas (**achado 3.2**);

V) com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c art. 157, caput, do Regimento Interno do TCU, realizar a audiência dos gestores abaixo relacionados, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem razões de justificativa ante as irregularidades a seguir discriminadas, remetendo-lhes cópia deste relatório:

V.1) Jean Mafra dos Reis (CPF 843.204.201-72), Superintendente de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas da ANTT, por ter assinado Termo de Ajuste de Conduta com a concessionária Transnordestina Logística S.A em 20/09/2013 para parcelar multas aplicadas que já se encontravam vencidas, em afronta ao que preconiza o §2º do art. 1º da Resolução ANTT 3.561/2010, e sem autorização da Diretoria como determinado no art. 4º do mesmo normativo (**achado 3.1.A1**);

V.2) Renata Batista Junqueira Nogueira (CPF 482.760.731-15), Superintendente de Marcos Regulatórios da ANTT, por ter sobrestado o processo de caducidade da concessionária (50500.027190/2012-91), à margem da devida fundamentação e por meio de decisão monocrática, conforme Despacho SUREG/ANTT firmado em 13/11/2012, quando deveria ter submetido sua proposta de sobrestamento do processo a comissão específica da autarquia, com fins de colher decisão colegiada, contrariando assim o que dispõe o artigo 38, §3º, da Lei 8.987/95 e os artigos 25, 26 e 27 da Resolução ANTT 442/2004 (**achado 3.1.A3**);

V.3) Noburo Ofugi (CPF 029.122.281-15), Superintendente de Serviços de Transporte de Cargas da ANTT, por ter:

- a) atestado, por meio do Ofício 547/2009/SUCAR/ANTT, que as condicionantes das Resoluções ANTT 2.870, 2.895 e 3.069 de autorização dos projetos da Ferrovia Transnordestina haviam sido supridas quando ainda não haviam sido de fato supridas (**achado 3.1.B**);
- b) autorizado, por meio do Ofício 547/2009/SUCAR/ANTT, o início das obras em lotes cujos projetos ainda estavam sendo objeto de análise e sem avaliação do orçamento do empreendimento, em afronta ao art. 24, inciso IX, da Lei 10.233/2001 (**achado 3.1.B**);
- c) extrapolado sua competência, em afronta ao art. 4º da Resolução ANTT 2.695/2008, na avaliação dos projetos readequados de construção da ferrovia Transnordestina (**achado 3.1.B**);

V.4) Jorge Luiz Macedo Bastos (CPF 408.486.207-04), Diretor-Geral Substituto da ANTT, Natália Marcassa de Souza (CPF 290.513.838-60), Ana Patrícia Gonçalves Lira (CPF 599.524.582-15) e Carlos Fernando do Nascimento (CPF 070.696.027-07), Diretores Interinos da ANTT, por terem assinado o novo contrato de concessão referente à Malha II, em 22/01/2014, desprovido de estudos e análises de impacto econômico-financeiro das novas obrigações ali inseridas, contrariando, assim, o disposto no art. 24, incisos I, II, III e VI, da Lei 10.233/2001, e no art. 9º, §4º, da Lei 8.987/95; (**achado 3.3**);

VI) encaminhar cópia do Relatório, Voto e Acórdão à Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados, em nome do Exmo. Deputado Federal Raimundo Gomes de Matos; ao Ministério dos Transportes; à Agência Nacional de Transportes Terrestres; à Secretaria de Fundos Regionais e Incentivos Fiscais do Ministério da Integração Nacional; ao Banco do Nordeste; à Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste; ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; ao BNDES Participações S.A.; às concessionárias Transnordestina Logística S.A e Ferrovia Transnordestina Logística S.A; e à Secretaria de Controle Externo do Estado de Pernambuco de modo a subsidiar a instrução do processo de monitoramento TC 019.094/2013-2;

VII) autorizar o monitoramento das deliberações do Acórdão que vier a se proferido pela SefidTransporte e pela SecobHidroferrovia.

SefidTransporte, 4ª Diretoria

Brasília, em 16/12/2014.

(assinado eletronicamente)

Paulo Pessoa Guerra Neto

AUFC - Mat. 8578-2

Coordenador

(assinado eletronicamente)

Alexander Pinheiro Paschoal

AUFC - Mat. 2516-0

Membro

(assinado eletronicamente)

Ivan Lúcio Santillo

AUFC - Mat. 8657-6

Membro

(assinado eletronicamente)

Rafael Lapa Santos Bezerra

AUFC - Mat. 10220-2

Membro

ⁱ Observou-se que, nos exercícios de 2003 e 2004, não houve estipulação prévia de metas de produção pelo Poder Concedente, visto que na ocasião a ANTT ainda se encontrava em fase de estruturação.

ⁱⁱ Nesse valor, desconsiderou-se os investimentos de R\$ 353 milhões que seriam realizados nos Portos de Pecém/CE e de Suape/PE