

GRUPO I – CLASSE V- Plenário

TC 014.907/2015-1

Natureza: Relatório de Auditoria

Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

Interessados: Ferrovia Norte Sul S.A. - FNS (CNPJ 09.257.877/0001-37) e Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (CNPJ 37.115.342/0001-67).

Responsáveis: Bernardo José Figueiredo Gonçalves de Oliveira (CPF 066.814.761-04), Francisco Elísio Lacerda (CPF 036.082.658-05), José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34) e Luiz Carlos Oliveira Machado (CPF 222.706.987-20).

Representação legal: Luciano Bandeira Campos (CPF 885.877.976-20), representando Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Gustavo Toniol Raguzzoni, Carolina Mendes de Carvalho(OAB-GO 39.367), Cláudio Ribeiro Huguet (OAB-DF 46.640) e outros, representando Bernardo José Figueiredo Gonçalves de Oliveira; Marcos Vinícius Bruzaca de Alencar (CPF 056.011.831-71), André Luiz Souza da Silveira (OAB-DF 16.379), Marcos Luiz dos Mares Guia Neto (OAB-DF 366.647) e outros, representando Ferrovia Norte Sul S.A (FNS); Débora Goelzer Fraga (CPF 823.470.851-15) e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Leonardo Lacerda Jube (26903/OAB-GO), Artur Nascimento Camapum (OAB-GO 24.925-E) e outros, representando Francisco Elísio Lacerda; Cleuler Barbosa das Neves (17137/OAB-GO), representando José Francisco das Neves; Silvia Regina Schmitt (58372/OAB-RS), Mauricio Santo Matar(OAB-SP 322.216), Isabela Felix de Sousa Ferreira (OAB-GO 28.481) e outros, representando Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

Interessado em sustentação oral: não há.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA DE CONFORMIDADE NA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT) E NA VALEC ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A. (VALEC). AVALIAÇÃO DA LEGALIDADE, DA LEGITIMIDADE E DA ECONOMICIDADE DE ATOS, ATINENTES À SUBCONCESSÃO DE TRECHO DA FERROVIA EF-151, CONCEDIDO PELA UNIÃO À VALEC E, MAIS TARDE, SUBCONCEDIDO À FERROVIA NORTE SUL S.A. (FNS S.A.), EMPRESA CONTROLADA PELA HOLDING DE LOGÍSTICA VALOR DA LOGÍSTICA INTEGRADA (VLI). INDENIZAÇÕES POR PASSIVOS AMBIENTAIS. MULTAS APLICADAS À VALEC POR DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE SUBCONCESSÃO 33/07. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA FNS S.A. OUTRAS QUESTÕES RELACIONADAS. DESCUMPRIMENTO DOS

PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA MOTIVAÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O EXATO CUMPRIMENTO DA LEI, NO SENTIDO DE ANULAR TERMOS DE ENTREGA E RECEBIMENTO DO TRECHOS DA FERROVIA NORTE SUL E TERMO ADITIVO CONTRATUAL. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO.

RELATÓRIO

Trata-se de Auditoria de Conformidade realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e na Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec), tendo por objetivo avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos seguintes atos, atinentes à subconcessão de trecho da ferrovia EF-151, concedido pela União à Valec e, mais tarde, subconcedido à Ferrovia Norte Sul S.A. (FNS S.A.), empresa controlada pela **holding** de logística Valor da Logística Integrada (VLI): indenizações por passivos ambientais; multas aplicadas à Valec por descumprimento do Contrato de Subconcessão 33/07; e cumprimento das obrigações da FNS S.A., além de outras questões relacionadas.

2. Transcrevo, a seguir, com os ajustes de forma pertinentes, a parte principal do relatório elaborado pela equipe de fiscalização da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia), que obteve a anuência do corpo dirigente daquela unidade (Peças 164 a 166):

“[...] HISTÓRICO

3. As questões de auditoria elaboradas pela equipe para orientar os trabalhos e atingir o objetivo proposto foram as seguintes:

- a) as sanções e as responsabilidades objeto de disputa administrativa, decorrentes das obrigações contratuais descumpridas pela Valec, estão sendo devidamente consideradas e avaliadas pela própria Valec para fins de resolução do conflito?; e
- b) as obrigações contratuais descumpridas pela FNS S.A. foram devidamente identificadas, consideradas e sancionadas pela Valec e pela ANTT no âmbito do processo de subconcessão?

4. O trabalho foi realizado em conformidade com as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União e com observância aos Padrões de Auditoria de Conformidade, sendo utilizadas técnicas de auditoria como diligências aos principais atores, análise documental e reuniões com equipes da Valec, da ANTT e da FNS S.A.

5. Na execução da auditoria, foram constatados indícios de irregularidades que resultaram na identificação de dois achados: i) multas que vêm sendo cobradas da Valec, pela FNS S.A., são irregulares; e ii) diversas obrigações contratuais foram descumpridas pela subconcessionária FNS S.A. Tais achados resultaram nas propostas de encaminhamentos constantes do Relatório de Auditoria (peça 55).

6. Dentre os encaminhamentos formulados pela equipe de auditoria, foi proposta a realização das seguintes oitivas, autorizadas pelo Ministro Relator Raimundo Carreiro no despacho à peça 60:

- i) da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para que, querendo, se manifestasse sobre as ações tomadas face ao descumprimento de obrigações da FNS S.A. elencadas na cláusula sexta do Contrato de Subconcessão 033/07, relacionadas ao atingimento de metas anuais de produção e de redução de acidentes (Achado 3.2 do Relatório de Auditoria)
- ii) da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec), para que, querendo, se manifestasse acerca dos seguintes fatos e indícios de irregularidade:
 - a) possibilidade de a Valec vir a arcar com o pagamento de multas desprovidas de respaldo legal e contratual, concebidas à margem dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e calculada com base em critérios e fórmulas incompatíveis com a natureza de seu fato gerador (Achado 3.1 do Relatório de Auditoria);
 - b) ausência de medidas administrativas eficazes, em face da Subconcessionária FNS S.A.,

voltadas à garantia do integral cumprimento do contrato de subconcessão, visto que afetado pelo descumprimento, por parte da FNS S.A., de obrigações contratuais contidas na cláusula décima-primeira do Contrato 033/2007, a exemplo do diferimento de investimentos necessários à composição e conservação do acervo ferroviário da subconcessão, inerente a todo e qualquer contrato de concessão, acervo esse que se convolará, no futuro, em bens reversíveis, necessários e fundamentais à continuidade do serviço público ora prestado, nas hipóteses de interrupção ou encerramento dos serviços atualmente realizados pela Subconcessionária (Achado 3.2 do Relatório de Auditoria).

iii) da Subconcessionária Ferrovias Norte Sul S.A. (FNS S.A.) (CNPJ 09.257.877/0001-37) para que, se assim desejar, se manifestasse acerca dos seguintes fatos e indícios de irregularidade:

a) possibilidade de a Valec vir a arcar com o pagamento de multas desprovidas de respaldo legal e contratual, concebidas à margem dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e calculada com base em critérios e fórmulas incompatíveis com a natureza de seu fato gerador (Achado 3.1 do Relatório de Auditoria);

b) acerca do descumprimento de obrigações contratuais de sua responsabilidade, contidas na cláusula décima-primeira do Contrato 033/2007, a exemplo do diferimento de investimentos necessários à composição e conservação do acervo ferroviário da subconcessão, tais como aquisição de material rodante, de sistema de telecomunicação, construção de oficinas e de prédio administrativo, aquisição de trem de socorro, entre outras (Achado 3.2 do Relatório de Auditoria); e

c) descumprimento de obrigações da FNS S.A. elencadas na Cláusula Sexta do Contrato de Subconcessão 033/07, relacionadas ao atingimento de metas anuais de produção e de redução de acidentes (Achado 3.2 do Relatório de Auditoria).

7. Nesta instrução serão analisadas as respostas às oitivas supramencionadas, bem como será formulada proposta de mérito para o presente processo, também levando em consideração as conclusões do Relatório de Auditoria à peça 55.

EXAME TÉCNICO

8. Nos parágrafos seguintes será feita uma síntese dos achados detalhados no Relatório de Auditoria (peça 55) e das respostas às oitivas encaminhadas pela ANTT, pela Valec e pela FNS S.A. (peças 84, 93 e 92, respectivamente).

I. Achado 3.1 – Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. são irregulares

9. Nesta seção da instrução será feita separação da irregularidade identificada pela equipe de auditoria no Achado 3.1 (“Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. são irregulares”) em quatro tópicos, para melhor elucidação do assunto. Na execução da auditoria foram detectadas evidências de que:

- i) multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos são irregulares, por terem sido definidas em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador e por não ter sido alterado o Contrato 33/07;
- ii) multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais;
- iii) multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação; e
- iv) multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na entrega de trechos não estão de acordo com o Contrato 33/07.

I.1. Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos são irregulares, por terem sido definidas em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador e por não ter sido alterado o Contrato 33/07

I.1.1. Síntese da irregularidade apontada

10. A FNS S.A. está cobrando multas da Valec no valor total de R\$ 583 milhões (valor atualizado até novembro de 2013, com base no IGP-DI), de acordo com o que consta da memória de cálculo apresentada em anexo à Carta FNS S.A. 857/Gearc/2013 (peça 31).

11. Os fatos geradores dessas multas seriam o atraso na entrega de trechos por parte da Valec e a omissão estatal no dever de corrigir passivos ambientais e construtivos identificados em trechos da ferrovia. O primeiro fato gerador (atraso na entrega de trechos pela Valec) foi definido no Contrato 33/07. O segundo fato gerador (omissão no dever de corrigir passivos ambientais e construtivos), porém, foi estabelecido em dois

termos de entrega e recebimento de trechos (trechos I-A e II), assinados pela Valec e pela FNS S.A. (peças 32-45).

12. No termo de entrega e recebimento do trecho I-A foram incluídas as disposições abaixo transcritas (peça 32, p. 2-3):

2.2.7 – Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das deficiências, irregularidades e pendências apontadas nos prazos estabelecidos nos documentos de que trata o item 2.2.2, será devida à FNS **multa compensatória na forma prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão** corrigida pelo IGP-DI, desde a data da assinatura deste Termo até a data da efetiva correção pela VALEC. (grifos nossos)

13. Já no termo de entrega e recebimento do trecho II identifica-se o seguinte dispositivo (peça 39, p. 4):

2.7 – Caso a VALEC não adote as medidas necessárias para a solução das deficiências nos prazos previstos nos itens 2.3 e 2.4.2, a FNS fará jus à **multa compensatória na forma prevista no item 20.1, §2º, III, da Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão nº 033/2007**. (grifos nossos)

14. Vê-se que os termos de entrega e recebimento foram os documentos utilizados para estabelecer que o atraso da Valec na solução dos passivos ambientais e construtivos a sujeitariam à penalidade estabelecida na Cláusula Vigésima do Contrato 33/07.

15. Neste ponto cabe trazer a integralidade desse dispositivo do contrato de subconcessão (peça 47, p. 26):

CLÁUSULA VIGÉSIMA – DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

20.1 – DA SUBCONCEDENTE VALEC

§1º - A SUBCONCEDENTE estará sujeita à aplicação de multas diárias pelo atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga, quando os prazos e as condições previstos nos Parágrafos 1º, 2º e 3º do Item 10.1 da Cláusula Décima, não forem cumpridos.

§2º - A SUBCONCEDENTE deverá indenizar a SUBCONCESSIONÁRIA, por dia de atraso, em um valor correspondente a 10% (dez por cento) da receita diária esperada (lucro estimado), considerando-se as Metas de Produção previstas no Item 6.1 da Cláusula Sexta deste Contrato e o produto médio adotado no Estudo Operacional (ANEXO III do Edital de Licitação).

Com base no Valor Mínimo da Outorga da Subconcessão previsto no Edital de Licitação, a SUBCONCESSIONÁRIA será indenizada, por dia de atraso, nos seguintes percentuais:

I – Ano de 2007: 0,0014% do Valor da Outorga da Subconcessão;

II – Ano de 2008: 0,0020% do Valor da Outorga da Subconcessão;

III – Ano de 2009: 0,0039% do Valor da Outorga da Subconcessão; (grifos nossos)

16. Essa cláusula contratual prevê que a subconcedente está sujeita à aplicação de multas diárias pelo atraso na entrega de trechos e/ou polos de carga, caso os prazos da Cláusula Décima do contrato não sejam obedecidos. Porém, não é mencionado na cláusula que estabeleceu essa sanção que a Valec seria penalizada com a multa ali definida por atrasos na resolução de passivos ambientais ou até mesmo construtivos.

17. Como é possível observar nos trechos dos termos de entrega e recebimento acima transcritos, com a assinatura desses documentos a FNS S.A. passou a ter o “direito” de aplicar a multa da Cláusula Vigésima do contrato à Valec no caso de atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos. Todavia, o fato gerador dessa multa da Cláusula Vigésima do contrato diz respeito tão somente ao “atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga”.

18. Nota-se que um documento que não alterou o contrato original foi utilizado para criar nova sanção à Valec. Utilizou-se como base uma multa que poderia ser aplicada em casos de atraso na entrega de trechos para criar a possibilidade de penalização da Valec por outros fatos geradores.

19. A Lei 8.987/1995 estabelece em seu art. 23 que é cláusula essencial do contrato de concessão aquelas relativas às penalidades contratuais a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação. Vê-se, portanto, que é norma basilar da relação entre a concedente e a concessionária que as sanções possuam previsão contratual.

20. É possível observar que a definição de novo fato gerador para a multa prevista na Cláusula Vigésima do Contrato 33/07 deu-se de forma ilegal. Por esse motivo, foi solicitada a oitiva da Valec e da FNS S.A. com relação a esse ponto.

I.1.2. Resposta à oitiva da Valec quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos são irregulares, por terem sido definidas em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador e por não ter sido alterado o Contrato 33/07”

21. A resposta da Valec foi encaminhada por meio do Ofício 2936/2016-PRESI (peça 93). Juntamente com tal expediente foi encaminhado CD contendo o Memorando 133/2016-DIROP, que foi juntado posteriormente como peça ao processo (peça 148).

22. A Valec inicia sua exposição sobre o assunto informando que (peça 148, p. 9) “assumiu obrigações que não constaram no Edital 01/06 e Contrato 33/07”. Segundo a empresa, a assunção de obrigações por meio de termo de entrega e recebimento é inidônea, “pois encontra vício de forma (deveria ser termo aditivo) e de competência (aprovado pela Diretoria Executiva), de modo que as obrigações nele pactuado seriam nulas”.

23. A Valec prossegue dizendo que o instrumento adequado para a assunção das obrigações seria o termo aditivo, que deveria seguir formalidades específicas, notadamente quanto à justificativa formal e prévia da autoridade competente. Conclui opinando “pela absoluta ilegalidade das incidências das multas previstas no 2º TA e também nos Termos de Recebimento, recomendando-se, também, o seu não pagamento pela via administrativa”.

I.1.3. Resposta à oitiva da FNS S.A. quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos são irregulares, por terem sido definidas em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador e por não ter sido alterado o Contrato 33/07”

24. A FNS S.A. enviou sua resposta à oitiva nos termos do documento acostado à peça 92. Com relação ao tópico atualmente em análise, a empresa assevera que “todas as multas cobradas pela FNS da Valec encontram-se previstas em instrumentos assinados pelos representantes das partes com amplos poderes para isso” (peça 92, p. 6).

25. A FNS S.A. informa que além das multas previstas no próprio contrato de subconcessão, há também outras pelo descumprimento de obrigações assumidas pela Valec nos termos de entrega e recebimento dos trechos. De acordo com a empresa, “tais documentos foram, sem exceção, assinados pelo Diretor Presidente e Diretor Administrativo-Financeiro, que, nos termos do art. 30, VI, do Estatuto da Valec, possuem autonomia para autorizar a realização de acordos, contratos e convênios que constituem ônus, obrigações ou compromissos para a Valec”.

26. Segundo a FNS S.A., esses termos de entrega foram ratificados quando da assinatura do 2º aditivo contratual firmado entre a FNS e a Valec, podendo-se concluir que as multas cobradas se encontravam previstas em cláusulas contratuais devidamente fixadas em aditivo.

I.1.4. Análise das respostas quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos são irregulares, por terem sido definidas em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador e por não ter sido alterado o Contrato 33/07”

27. De início, cabe esclarecer que o posicionamento da Valec apenas ratifica as conclusões desta unidade técnica.

28. Com relação ao posicionamento da FNS S.A., engana-se a empresa ao afirmar que as multas cobradas da Valec encontram-se previstas em instrumentos assinados pelos representantes das partes com amplos poderes para isso. Ao contrário do que ela afirma, a competência de “autorizar a realização de acordos, contratos e convênios que constituam ônus, obrigações ou compromissos para a Valec”, disposta no art. 30 do Estatuto da Valec e citada pela empresa em sua resposta, é atribuída à Diretoria Executiva, em regime de colegiado.

29. A Lei 11.772/2008, que reestruturou a Valec, já dispunha em seu art. 15 que a Diretoria Executiva da Valec é constituída de um Diretor-Presidente e de até 4 diretores. Assim, o argumento de que as assinaturas do Diretor-Presidente e de apenas um dos diretores da Valec foram suficientes para autorizar que a empresa assumisse novos compromissos não merece prosperar. Como informado pela própria Valec em sua resposta à oitiva, há vício de competência por ser da Diretoria Executiva a atribuição de assumir novas obrigações em nome da empresa, não podendo apenas dois membros da Diretoria Executiva assumirem obrigações em nome do restante do colegiado.

30. Destaca-se, também, que a ANTT assinou o Contrato 33/07 como interveniente. Todavia, os termos de entrega e recebimento não contaram com a assinatura ou qualquer outra manifestação da interveniente, tendo mesmo assim estipulado novas sanções.

31. Quanto à alegação de que os termos de entrega foram ratificados quando da assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, cumpre trazer à instrução o que foi disposto nesse aditivo contratual com relação às obrigações assumidas nos termos de entrega e recebimento.

32. Como visto acima, os termos de entrega e recebimento criaram novo fato gerador para a multa da Cláusula Vigésima do Contrato 33/07. Uma multa que foi estabelecida para penalizar atraso na entrega de trechos passou a ser aplicada à Valec caso ela não solucionasse passivos ambientais e construtivos.

33. Posteriormente à assinatura desses termos, foi formalizado o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, onde encontra-se o seguinte dispositivo (peça 46, p. 4):
2.6 – Ficam ratificados, pelo presente Termo Aditivo, o Termo Provisório de Entrega e Recebimento firmado entre a VALEC e FNS em 29/04/09, bem como os Termos de Entrega e Recebimento relativos aos Trechos I, I-A e II, celebrados respectivamente em 01/10/09, 30/10/09 e 29/12/09.
34. Aqui cabe registrar que tal dispositivo se assemelha a um ato de convalidação. Pretendeu-se, com a inclusão dessa cláusula no Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 “ratificar” os termos de entrega e recebimento dos Trechos I, I-A e II. Como visto acima, tais termos possuem vício de competência e vício de forma, que poderiam, de acordo com a jurisprudência dominante e a doutrina, ser convalidados.
35. Contudo, a convalidação de atos eivados de vício de forma e de competência não pode ser feita apenas com a inclusão de uma cláusula em um termo aditivo. A Lei 9.784/1999, em seu art. 50, define que os atos administrativos que importem convalidação devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Como será visto com mais detalhes no tópico I.3 da presente instrução, não houve qualquer manifestação técnica ou jurídica sobre os vícios aqui mencionados, muito menos uma motivação completa e congruente para tanto.
36. Além disso, é possível observar que o termo aditivo ratificou os termos de entrega e recebimento, sem fazer qualquer outra alteração no contrato original. É sabido que os termos aditivos estabeleceram novo fato gerador para a multa da Cláusula Vigésima do Contrato 33/07. Está-se diante, então, de um termo aditivo que ratificou disposição que não se coaduna com o contrato original.
37. O termo aditivo não fez qualquer alteração na Cláusula Vigésima do contrato original ou em outro dispositivo que tratasse da multa ali disposta. A única menção feita com relação a penalidades no Segundo Termo Aditivo é a seguinte (peça 46, p. 7):
5 – DAS PENALIDADES
5.1 – **Ficam mantidas as Infrações e Penalidades previstas no item 20.1 da Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão.**
5.2 – A FNS poderá compensar as multas devidas pela VALEC e deduzi-las do valor retido previsto no item 3.1.1 da Cláusula Terceira do presente Termo Aditivo, mediante comunicação por escrito à VALEC. (grifos nossos)
38. Vê-se que não apenas o termo aditivo deixou de modificar a Cláusula Vigésima, como foi expresso ao dizer que as infrações e penalidades nela dispostas ficaram mantidas. Desse modo, não merece prosperar o argumento da FNS S.A. de que as multas cobradas se encontravam previstas em cláusulas contratuais devidamente fixadas em aditivo.
39. O termo aditivo não alterou a Cláusula Vigésima do contrato original e esta não previa que o fato gerador “atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos” seria penalizado com multa. Portanto, não há previsão contratual ou editalícia para penalização da Valec por omissão na resolução dos passivos ambientais e construtivos, sendo aplicável a Cláusula Vigésima apenas para atrasos na entrega de trechos. Como visto, a Lei 8.987/1995 estabelece que é cláusula essencial de um contrato de concessão aquelas que tratem das penalidades, mostrando que a formalidade, nesse caso, é requisito para a validade de uma sanção.
40. É latente a incongruência do Segundo Termo Aditivo com relação aos compromissos assumidos pela Valec nos termos de entrega e recebimento. Entende-se que constituiu falha grave dos gestores assinar aditivo contratual que trouxe ao mundo jurídico a possibilidade de a Valec ser penalizada por fato gerador que não estava previsto no contrato original ou no edital. Por esse motivo, foi solicitada no Relatório de Auditoria a audiência dos responsáveis pela assinatura. A audiência foi autorizada por despacho do Ministro Relator Raimundo Carreiro (peça 60). Porém, como na presente instrução serão propostos encaminhamentos que não se relacionam com a responsabilização dos gestores e que afetarão diretamente a execução contratual, por motivos de celeridade processual **propõe-se que seja autorizada a autuação de processo apartado para a análise das razões de justificativa decorrentes das audiências já efetuadas.**
41. Ficou aqui caracterizado que não há justificativa para o estabelecimento de obrigações à Valec através dos termos de entrega e recebimento, mesmo que tenha havido “ratificação” posterior via termo aditivo. Ainda que tenha se tentado convalidar os termos aditivos que contém vício de forma e de competência, não houve qualquer motivação para tanto e não foram sequer analisados técnica e juridicamente os vícios pré-existentes. Ademais, há incongruências claras entre o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, os termos de entrega e recebimento dos Trechos I, I-A e II e o próprio contrato original. A sanção prevista no contrato

original foi mantida, assim como foram “ratificados” os termos de entrega e recebimento, que tratam de sanção distinta.

42. Destaca-se, porém, que a criação de novo fato gerador para a multa da Cláusula Vigésima do Contrato 33/07 em documentos inábeis para tanto não foi a única irregularidade identificada pela equipe de auditoria no Achado 3.1.

43. Por esse motivo, deixa-se para propor os encaminhamentos cabíveis ao fim do tópico I.3 da instrução, onde será explicitado que, além do vício de forma e do vício de competência já expostos, as multas foram estabelecidas sobre método e base de cálculo desproporcionais e, ainda, em desobediência ao princípio da motivação.

I.2. Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais

I.2.1. Síntese da irregularidade apontada

44. Restou comprovado que a multa por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foi estabelecida em documento inábil para tanto. Também ficou claro que a ratificação das obrigações criadas nos termos de entrega e recebimento pelo Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 não possui embasamento. Mesmo assim, cumpre trazer no presente tópico comentários acerca do método e da base de cálculo dessa multa, de modo a reforçar ainda mais o descabimento de sua cobrança.

45. A multa estabelecida nos termos de entrega e recebimento tinha por objetivo penalizar a Valec por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos e compensar financeiramente a FNS S.A. por lucros que ela estaria deixando de auferir por esse motivo.

46. Todavia, da maneira como foi definida essa multa, a Valec está sujeita à penalidade qualquer que seja o passivo que não seja solucionado. Somente levando em consideração a redação dos termos de entrega e recebimento, se um passivo ambiental ou construtivo não se solucione, por menos relevante que seja, a Valec terá de pagar à FNS S.A. a multa na integralidade. No termo de entrega e recebimento do trecho I-A assim está definida a multa (peça 32, p. 3):

2.2.7 – Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das deficiências, irregularidades e pendências apontadas nos prazos estabelecidos nos documentos de que trata o item 2.2.2, será devida à FNS multa compensatória na forma prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão corrigida pelo IGP-DI, desde a data da assinatura deste Termo até a data da efetiva correção pela VALEC.

47. Já para o trecho II, o termo de entrega e recebimento assim dispõe (peça 39, p. 4):

2.7 – Caso a VALEC não adote as medidas necessárias para a solução das deficiências nos prazos previstos nos itens 2.3 e 2.4.2, a FNS fará jus à multa compensatória na forma prevista no item 20.1, §2º, III, da Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão nº 033/2007.

48. Para o trecho III, assim dispõe o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 (peça 46, p. 4):

2.4 – Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das inconformidades referidas no item 2.3, será devida à FNS S/A, multa compensatória prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão, corrigida pelo IGPI-DI, desde a data do inadimplemento até a data da efetiva correção pela VALEC. Para fins de clareza, as Partes declaram que o critério de cálculo aplicável a atrasos a partir de 01 de janeiro de 2010 será o mesmo já previsto para o ano de 2009 na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão.

49. Nota-se que mesmo que a subconcessionária esteja operando os trilhos e auferindo alguma receita, da forma como está definida a multa a Valec teria de arcar com a penalidade inteira, qualquer que fosse o passivo não solucionado, a fim de ressarcir a FNS S.A. por lucros cessantes. Não há qualquer tipo de compensação no valor que a subconcedente estaria obrigada a pagar caso a subconcessionária auferisse algum lucro. Da maneira como a redação das cláusulas foi estipulada, a multa não se presta a ressarcir os lucros que a FNS S.A. deixou de auferir, mas na verdade enriquecê-la enquanto perdurar qualquer passivo, por menos relevante que seja.

50. Além disso, não há clareza com relação ao momento em que a Valec poderia passar a ser sancionada com a citada multa, pois os documentos que estabelecem a sanção para cada um dos trechos trazem marcos temporais diferentes.

51. Para o trecho I-A, o prazo que deveria ser cumprido pela Valec para que ela não fosse penalizada com a multa supramencionada está disposto no item 2.2.2 do termo de entrega e recebimento, *in verbis* (peça 32, p. 2):

2.2.2 – A VALEC e a VALE se comprometem a encaminhar formalmente à FNS, num prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da assinatura do presente instrumento, **(i) Plano de Ação e (ii) Cronograma de execução detalhado dos serviços/medidas necessários à completa e definitiva solução das ocorrências listadas no Anexo VII [Relatório sobre os Passivos Ambientais]** do Contrato 033/07, referidos a esse trecho.

(...)

2.2.7 – Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das deficiências, irregularidades e pendências apontadas nos **prazos estabelecidos nos documentos de que trata o item 2.2.2**, será devida à FNS multa compensatória na forma prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão corrigida pelo IGP-DI, desde a data da assinatura deste Termo até a data da efetiva correção pela VALEC. (grifos nossos)

52. Portanto, o prazo para que a multa por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos do trecho I-A passasse a ser aplicada à Valec seria aquele definido no plano de ação e no cronograma que seriam encaminhados por ela à FNS S.A., conforme previsto no item 2.2.2 do termo de entrega e recebimento.

53. Já para o trecho II, recorre-se à íntegra do respectivo termo de entrega e recebimento (peça 39, p. 3):

2.3 – As Partes acordam que a VALEC revisará o Plano de Ação e Cronograma de Execução previstos no item 2, subitem 2.4, do “Termo Provisório de Entrega e Recebimento do Trecho Araguaína – Guaraí”, assinado pelas partes em 29/04/09, a fim de considerar também as deficiências listadas nos Anexos 1-B e 05 deste Acordo. Assim, a VALEC enviará a revisão do cronograma, já entregue à FNS mediante ofício “Of. JFN nº 0911/2009 – PRESI”, em até 30 (trinta) dias após a assinatura do presente instrumento, **cuja execução das correções não poderá ser superior a 90 (noventa) dias contados da data limite de entrega do trecho** compreendido entre os Municípios de Guaraí/TO a Palmas/TO (“Trecho III”), 30/04/2010, especificada no Contrato de Subconcessão 033/07.

(...)

2.4.2 – A VALEC deverá cumprir e corrigir as deficiências apontadas em inspeções e fiscalizações da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, **nos prazos que lhe forem determinados**, visando à autorização para tráfego na totalidade do Trecho II sem restrições.

(...)

2.7 – Caso a VALEC não adote as medidas necessárias para a solução das deficiências **nos prazos previstos nos itens 2.3 e 2.4.2**, a FNS fará jus à multa compensatória na forma prevista no item 20.1, §2º, III, da Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão nº 033/2007. (grifos nossos)

54. Assim, para que fosse aplicada a multa prevista no item 2.7 do termo, a Valec teria de descumprir o plano de ação e o cronograma por ela elaborados ou descumprir os prazos que fossem determinados pela ANTT. Todavia, ainda que essa cláusula faça menção ao plano de ação e ao cronograma que seriam elaborados pela Valec, interpreta-se por sua redação que o prazo máximo para resolução de todas as pendências ambientais e construtivas por parte da empresa seria o de até 90 dias a contar da data de entrega do trecho III.

55. Por fim, para o trecho III o prazo para que a Valec passasse a ser penalizada com multa por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos está disposto no Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 (peça 46, p. 4):

2.3 – A presente entrega e recebimento provisório do TRECHO III não exime, em nenhuma hipótese, as responsabilidades da VALEC quanto às medidas necessárias para colocá-lo nas condições previstas no Edital e no Contrato de Subconcessão nº 033/2007. Fica desde já acordado que a VALEC deverá sanar todas as inconformidades encontradas no TRECHO III, **em prazo a ser pactuado entre as partes**, contado a partir da elaboração do RELATÓRIO.

2.4 – Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva **solução das inconformidades referidas no item 2.3**, será devida à FNS S/A, multa compensatória prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão, corrigida pelo IGPI-DI, desde a data do inadimplemento até a data da efetiva correção pela VALEC. Para fins de clareza, as Partes declaram que o critério de cálculo aplicável a atrasos a partir de 01 de janeiro de 2010 será o mesmo já previsto para o ano de 2009 na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão.

56. Para o trecho III, como se vê, o prazo que a Valec deveria obedecer seria aquele “a ser pactuado entre as partes”.

57. Adiante será visto que nem mesmo a FNS S.A. levou em consideração esses prazos. O cálculo feito com relação ao valor da multa por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foi feito sem qualquer tipo de embasamento, reforçando o descabimento da aplicação dessa sanção à Valec. Passa-se à resposta encaminhada pela Valec e pela FNS S.A. para que se chegue a essas conclusões.

I.2.2. Resposta à oitiva da Valec quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais”

58. Em sua resposta (peça 148, p. 9), a Valec informa que há nítido desequilíbrio na relação público-privada em desfavor do ente público, pois a multa por atraso na eliminação de passivos ambientais é abusiva, na medida em que só desonera a Administração quando do cumprimento integral de toda a obrigação enquanto coloca o particular em situação de absoluto conforto. Continua dizendo que mesmo que apenas uma obrigação da Valec restasse pendente, a multa incidiria em sua integralidade, ainda que a subconcessionária estivesse usufruindo sem qualquer prejuízo do objeto contratual.

59. De acordo com a Valec, a situação é atípica por colocar o ente público contratante em posição inferior de uma relação verticalizada em um contrato administrativo típico, constituindo isso uma inversão dos papéis típicos das partes num contrato regido pelo direito público.

60. A Valec destaca, em seguida, trecho do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 (peça 46) em que a FNS S.A. reconhece que recebeu os trechos em condição de operação, devido ao fato de que as pendências verificadas não impediam a circulação de trens de carga naqueles trechos. De acordo com a empresa, isso comprova que não houve prejuízo à operação ferroviária e que a subconcessionária continuou auferindo rendimentos decorrentes da exploração dos trechos.

61. Devido ao fato de a subconcessionária ter auferido rendimentos decorrentes da operação sem qualquer intercorrência, segundo a Valec, a cobrança da multa em sua integralidade poderia caracterizar abuso de direito.

62. Finaliza dizendo que a penalidade foi estabelecida sem qualquer gradação e que a Valec entende que há a impossibilidade de pagamento da multa nos moldes como foi formulada, tendo em vista a ausência de proporcionalidade e razoabilidade em sua fixação, tratando-se de cláusula abusiva em desfavor da Administração.

I.2.3. Resposta à oitiva da FNS S.A. quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais”

63. Preliminarmente cabe destacar que este tópico da instrução está tratando somente da multa para “atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos”. A multa por “atraso na entrega de trechos” será analisada em tópico posterior.

64. Quanto ao fato de que as multas estabelecidas para o atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos são desproporcionais e que elas poderiam ser aplicadas mesmo que apenas um passivo não relevante ainda subsistisse, assim se manifestou a FNS S.A. (peça 92, p. 13):

34. Diga-se, ainda, que todas as multas cobradas pela FNS levam em conta quantos passivos ambientais não foram quitados pela VALEC, **bem como a respectiva gravidade de cada passivo.** (grifos nossos)

65. Já com relação à data em que a Valec passou a ser multada por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos, a FNS S.A. menciona tal ponto pela primeira vez em sua resposta da seguinte forma (peça 92, p. 11):

26. Com efeito, além dos atrasos na entrega dos trechos, cujas penalidades encontram-se previstas no edital e no contrato de subconcessão, **os termos de entrega dos trechos criaram uma nova obrigação, também sujeita à cobrança de multas, na qual a VALEC se comprometia a solucionar em um determinado prazo todas as irregularidades** constantes nos trechos entregues parcialmente. (grifos nossos)

66. Portanto, a empresa asseverou que a Valec havia se comprometido a solucionar as irregularidades “em um determinado prazo”. A FNS S.A. prossegue em sua resposta à oitiva tratando especificamente do trecho II, dizendo (peça 92, p. 12):

27. Veja-se o que dispõe o termo de entrega e recebimento celebrado em 29.12.09:

"As partes acordam que a VALEC revisará o Plano de Ação e Cronograma de Execução previstos no item 2, subitem 2.4, do 'Termo Provisório de Entrega e Recebimento do Trecho Araguaína-- Guaraí', assinado pelas partes em 29.4.09, a fim de considerar também as

deficiências listadas nos Anexos 1-b e 05 deste Acordo. Assim, a VALEC enviará a revisão do cronograma, já entregue à FNS mediante ofício 'Of. JFN no 0911/2009-- PRESI', em até 30 (trinta) dias após a assinatura do presente instrumento, cuja execução das correções não poderá ser superior a 90 (noventa) dias contados da data limite de entrega do trecho compreendido entre os Municípios de Guaraiá/TO a Palmas/TO ('Trecho III'), 30.4.2010, especificada no Contrato de Subconcessão 033/07.

28. A cláusula 2.7, também do termo de entrega celebrado em 29.12.09, prevê que:

"2.7 Caso a VALEC não adote as medidas necessárias para a solução das deficiências nos prazos previstos nos itens 2. 3 e 2. 4. 2, a FNS fará jus à multa compensatória na forma prevista no item 20.1, § 2º, III, da Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão nº 033/2007."

29. Dessa forma, verifica-se que, **para este trecho [Trecho II]**, estão sendo cobradas duas multas distintas: (i) pelo atraso na entrega que foi, inclusive, reconhecido no próprio relatório de fiscalização; e (ii) **pelo descumprimento do compromisso assumido no termo de entrega, eis que a VALEC não solucionou as pendências existentes no prazo de 30 dias**. (grifos nossos)

67. A FNS S.A., como se vê, considerou que para o trecho II a multa pelo descumprimento foi aplicada pois "a Valec não solucionou as pendências existentes no prazo de 30 dias". Portanto, a premissa da FNS S.A. é a de que o prazo que a Valec teria para solucionar todos os passivos ambientais e construtivos seria de 30 dias a contar da assinatura do termo de entrega.

68. Com relação ao trecho I-A, assim se manifestou a FNS S.A. em sua resposta (peça 92, p. 12):

30. A mesma lógica se aplica para a multa cobrada pelos descumprimentos contratuais ocorridos **no trecho I-A**. As cláusulas 2.2.5 e 2.2.7 do termo de entrega e recebimento celebrado em 30.10.09, também estipulavam uma nova obrigação da VALEC, que era de **solucionar as pendências do trecho em 60 dias após a entrega**. Assim como ocorrido no trecho II, a VALEC, além de não cumprir o prazo de entrega, deixou de resolver as pendências no período que havia sido acordado, motivo pelo qual também se mostra cabível a aplicação de ambas as multas.

69. É possível observar nos trechos acima que a FNS S.A. possui como premissa que era obrigação da Valec, de acordo com as cláusulas 2.2.5 e 2.2.7 do termo, "solucionar as pendências do trecho em 60 dias após a entrega". Portanto, a Valec teria 60 dias a contar da entrega do trecho I-A para que todos os passivos ambientais e construtivos fossem resolvidos, momento a partir do qual ela seria multada caso não tivesse cumprido com essa obrigação.

70. Todavia, logo em seguida a empresa afirma o que se segue (peça 92, p. 13):

32. Nota-se que nos termos de recebimento nos quais foram pactuadas as novas obrigações da VALEC **há cláusula expressa em que se fixa como marco inicial para a contagem da multa por descumprimento a data da assinatura do termo**, e não a data em que houve mora na entrega do referido trecho.

33. Para que não reste qualquer dúvida sobre esse ponto, que se mostra extremamente importante, reproduza-se o que diz a cláusula 2.2.7 do termo de recebimento assinado no dia 30.10.09:

2.2.7 - Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das deficiências, irregularidades e pendências apontadas nos prazos estabelecidos nos documentos de que trata o item 2.2.2, será devida à FNS multa compensatória na forma prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão, corrigido pelo IGP-DI, desde a data de assinatura deste Termo até a data da efetiva correção pela VALEC. (grifos nossos)

71. Como no parágrafo 33 acima reproduzido a FNS S.A. faz menção à multa estabelecida no item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, conclui-se que ela está tratando da multa por "atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos" (já que esta foi a multa criada pelo citado termo de entrega e recebimento). Assim, a empresa traz em sua resposta nova informação quanto ao prazo que deveria ser obedecido pela Valec no trecho I-A. Foi fixado, segundo a própria no trecho acima, como "marco inicial para a contagem da multa por descumprimento a data da assinatura do termo".

72. Não é feita qualquer menção na resposta da FNS S.A. quanto ao prazo que foi utilizado como base para o cálculo da multa por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos do trecho III.

73. Quanto aos valores das multas que foram aplicadas à Valec por atraso na resolução de passivos ambientais, assim se manifestou a subconcessionária (peça 92, p. 2-4):

i) Trecho I-A: "o termo de recebimento, devidamente assinado por ambas as partes e ratificado pela ANTT, possui previsão de penalidade pelo atraso na correção dos passivos ambientais e defeitos de

construção constantes quando da entrega do trecho. Com isso, plenamente válida a aplicação da multa prevista na cláusula 2.2.7 do termo de recebimento”. Valor da multa aplicada: R\$ 41.571.013,00

ii) Trecho II: “o termo de recebimento, devidamente assinado por ambas as partes e ratificado pela ANTT, possui previsão de penalidade pelo atraso na correção dos passivos ambientais e defeitos de construção constantes quando da entrega do trecho. Com isso, plenamente válida a aplicação da multa prevista na cláusula 2.7 do termo de recebimento”. Valor da multa aplicada: R\$ 27.954.289,00

iii) Trecho III: “o termo de recebimento, devidamente assinado por ambas as partes e ratificado pela ANTT, possui previsão de penalidade pelo atraso na correção dos passivos ambientais e defeitos de construção constantes quando da entrega do trecho. Com isso, plenamente válida a aplicação da multa prevista na cláusula 2.4 do termo de recebimento”. Valor da multa aplicada: R\$ 26.302.107,00

I.2.4. Análise das respostas quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais”

74. Aqui cabe reforçar mais uma vez que este tópico da instrução está tratando tão somente das multas por atraso na resolução dos passivos ambientais e construtivos. As multas por atraso na entrega de trechos serão tratadas posteriormente.

75. Quanto à desproporcionalidade da multa, que penaliza a Valec mesmo que ainda reste um único passivo de baixa relevância sem solução, a FNS S.A. não foi capaz de descaracterizar a irregularidade. Apesar de ter dito em sua resposta que a multa “leva em conta quantos passivos ambientais não foram quitados pela Valec, bem como a respectiva gravidade de cada passivo”, tal alegação não foi comprovada. Na memória de cálculo das multas que já foram aplicadas à Valec (peça 31) não há qualquer tipo de detalhamento que comprove tal afirmação, nem mesmo a empresa encaminhou tais informações posteriormente.

76. A Valec, por sua vez, se manifestou dizendo que a multa não é proporcional e que da forma como foi estipulada não é possível definir quais foram os lucros que a FNS S.A. deixou de auferir. As alegações da Valec complementam as conclusões desta unidade técnica, pois ficou claro que a multa foi definida sem obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

77. Quanto ao prazo a partir do qual a Valec passou a se sujeitar à aplicação da multa, a FNS S.A. não foi clara em sua resposta quanto à data utilizada por ela para o cálculo dos valores. Conforme disposto nesta instrução, na síntese da irregularidade ora em análise (tópico I.2.1 da instrução), os prazos máximos que a Valec possui para cumprir com suas obrigações antes que se sujeite à multa definida para atrasos na resolução de passivos ambientais e construtivos são os seguintes:

Tabela 1 – Prazos para aplicação da multa por atraso na resolução dos passivos ambientais e construtivos pela Valec

Trecho	Localização	Prazo máximo para que a Valec solucionasse os passivos ambientais e construtivos, sob pena de multa	Dispositivo que define tal prazo
I	Açailândia/MA - Porto Franco/MA	Não se aplica	Não se aplica
I-A	Porto Franco/MA-Araguaína/TO	Prazo definido no plano de ação e no cronograma a serem encaminhados pela Valec à FNS S.A.	Item 2.2.2 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A (peça 46, p. 2)
II	Araguaína/TO - Guaraí/TO	Prazo definido no plano de ação e no cronograma a serem encaminhados pela Valec à FNS S.A., não podendo ser superior a 90 dias contados da data limite de entrega do trecho III	Item 2.3 do termo de entrega e recebimento do trecho II (peça 39, p. 3)
III	Guaraí/TO a Palmas/TO	Prazo a ser pactuado entre as partes	Item 2.3 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 (peça 46, p. 4)

Fonte: termos de recebimento e entrega dos trechos I-A e II e Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07.

78. Como visto no tópico desta instrução que detalhou a manifestação da FNS S.A. quanto a esse ponto, a empresa alega em sua resposta que a Valec deveria ter obedecido prazos diferentes do que os dispostos na tabela acima.

79. Para o trecho I-A, segundo a FNS S.A. a Valec tinha de “solucionar as pendências do trecho em 60 dias após a entrega” (peça 92, p. 12). Já para o trecho II, a FNS S.A. afirma que as multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram aplicadas “eis que a Valec não solucionou as pendências existentes no prazo de 30 dias” (peça 92, p. 12). Não foram encaminhadas informações sobre o prazo que deveria ser obedecido para o trecho III.

80. Apesar de fazer remissão aos termos de entrega e recebimento para dizer que a Valec não obedeceu os prazos de 60 e 30 dias nos trechos I-A e II, respectivamente, não há qualquer cláusula expressa nos termos que faça tal definição. Além disso, não foram encaminhados plano de ação ou cronograma que comprovassem que a Valec assumiu que sanaria **todos** os passivos ambientais e construtivos em um período tão curto de tempo.

81. Entende-se que é completamente desproporcional aplicar a multa por atraso na resolução dos passivos a partir do prazo de 30 e de 60 dias. Como dito, caso a Valec deixasse apenas um passivo sem resolução, a multa continuaria sendo aplicável. Cada passivo deveria ter sido analisado separadamente para que fosse definido um prazo razoável para que a Valec o resolvesse.

82. Além dessa latente falta de razoabilidade na definição do marco temporal em que a multa começou a ser aplicada, há ainda uma importante contradição da FNS S.A. em sua resposta à oitiva.

83. Apesar de ter relatado no parágrafo 30 de sua resposta (peça 92, p. 12) que para o trecho I-A a Valec teria de “solucionar as pendências do trecho em 60 dias após a entrega”, a FNS S.A. diz no parágrafo 32 (peça 92, p. 13) que o marco inicial fixado para a contagem da multa por não resolução de passivos ambientais e construtivos é “a data da assinatura do termo”.

84. Ora, se a Valec possuía 60 dias após a entrega do trecho I-A para solucionar as pendências, por que o marco inicial para a contagem da multa foi a data de assinatura do termo de entrega e recebimento?

85. Vê-se que nem mesmo a FNS S.A. conseguiu esclarecer a data em que a multa começou a ser aplicada. Por ser uma multa com base de cálculo que teria de levar em consideração cada dia de atraso na resolução do passivo, o cálculo do seu valor deveria ser preciso, pois um dia já seria suficiente para fazer diferença relevante nos valores que serão gastos/recebidos pelas partes.

86. A memória de cálculo da multa apresentada pela FNS S.A. (peça 31) é sintética e não traz nem mesmo um detalhamento sobre quais valores se referem à multa por atraso na resolução de passivos e quais se referem à multa por atraso na entrega de trecho (multa que será tratada no tópico seguinte da instrução).

87. Assim, é possível observar que além de possuir vício de forma e de competência, relatados no tópico anterior da instrução, as multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram aplicadas à Valec sem obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há, ainda, um terceiro fato que confirma que a sanção ora em análise é completamente descabida, que será exposto no que se segue, juntamente com o encaminhamento entendido como pertinente.

I.3. Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação

I.3.1. Síntese da irregularidade apontada

88. Foi visto que as multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram estabelecidas em documentos inábeis e sem ter havido qualquer alteração no Contrato 33/07, além de terem sido estabelecidas de forma desproporcional. Tais fatos já haviam sido identificados pela equipe de auditoria e foram objeto das oitivas em análise nesta instrução.

89. No entanto, na análise de tais oitivas novo ponto foi levantado e mereceu questionamentos desta unidade técnica. Causou surpresa a mesma Valec ter assinado os documentos que estabeleceram as sanções a ela aplicáveis nos anos de 2009 e 2010 e também ter informado em sua resposta à oitiva (peça 148, p. 9), já em 2016, que a assunção de obrigações por meio de termo de entrega e recebimento é inidônea, “pois encontra vício de forma (deveria ser termo aditivo) e de competência (aprovado pela Diretoria Executiva), de modo que as obrigações nele pactuado seriam nulas”.

90. Indo ainda mais além, a Valec informou (peça 148, p. 9) que há nítido desequilíbrio na relação público-privada em desfavor do ente público, pois a multa por atraso na eliminação de passivos ambientais é abusiva. Tais alegações, por si só, mostram que a Valec não concorda com os termos de documentos que foram por ela própria assinados.

91. Assim, de modo a esclarecer essa disparidade no posicionamento de uma mesma empresa, entendeu-se pertinente buscar qual foi motivação utilizada como base pela Valec à época da assinatura dos

termos de entrega e recebimento. Considerando que a Valec assinou tais documentos e concordou formalmente que tais sanções poderiam ser a ela aplicadas, entendeu-se que a mesma teria feito análise tanto sobre a legalidade quanto sobre os aspectos técnicos que justificam essa sanção, em obediência ao princípio da motivação.

92. Encaminhou-se, então, diligência à Valec para que enviasse cópias dos processos e de quaisquer outros documentos, inclusive os respectivos pareceres técnicos e jurídicos, que embasaram a elaboração e motivaram a assinatura, pela Valec, dos termos de entrega dos trechos I-A e II e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07.

93. Como a ANTT assinou, na qualidade de interveniente, o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, também foi solicitado via diligência o envio de cópia dos documentos que embasaram tal assinatura. No que segue serão expostas as respostas enviadas tanto pela Valec quanto pela Agência.

I.3.2. Resposta da Valec quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação”

94. A Valec encaminhou sua resposta através do Ofício 4623/2017-PRESI (peça 136), juntamente com CD contendo cópias dos processos que trataram do Contrato 33/07, dos respectivos aditivos e dos termos de entrega e recebimento dos trechos da ferrovia.

95. Em um desses processos foi possível identificar toda a documentação datada desde o ano de 2008, ou seja, anteriormente à assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07. Nesse processo identificou-se o trâmite interno na Valec desses documentos até as suas assinaturas e as respectivas análises feitas pelos setores da empresa.

96. De modo a deixar clara qual foi a motivação exposta no processo para a assinatura de cada um dos três documentos, cabe separar este tópico da instrução.

Motivos que embasaram a assinatura, pela Valec, do Termo de Entrega e Recebimento do trecho I-A em 30/10/2009

97. Para o trecho I-A, a primeira tratativa envolvendo o respectivo termo de entrega e recebimento foi encontrada quando a Superintendência de Governança Regulatória (SUREG) encaminhou sua análise à Diretoria de Engenharia (DIREN). Segundo a SUREG, em 18/6/2008, o termo de entrega e recebimento do trecho I (que, à época, englobava o trecho I-A) havia sido elaborado pela Assessoria Jurídica (ASJUR) e foi sugerido que constasse uma cláusula que eximisse “a Valec de qualquer responsabilidade sobre possíveis problemas operacionais” (peça 149).

98. Essa minuta foi encontrada em páginas posteriores do processo, anexa a documento datado de 1/7/2008 (peça 150). Cabe salientar que nessa primeira versão não constava qualquer cláusula que estabelecesse sanção à Valec por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos no trecho I (e, por consequência, no trecho I-A, à época incluído no trecho I).

99. Decorrido mais de um ano, em 14/10/2009 a SUREG encaminhou à ASJUR (peça 151) “minuta do termo de entrega e recebimento, referente ao trecho Porto Franco-Araguaína, intitulado trecho I-A”. Nessa minuta passou a ser incluída a multa que consta da versão final do termo de entrega e recebimento desse trecho, mas com redação levemente distinta. A SUREG, nessa mesma oportunidade, alertou a ASJUR sobre uma proposta da FNS S.A. de “multa à Valec por não cumprimento das obras previstas”, informando que essa deveria ser uma decisão a ser tomada em instância superior.

100. Dentro do processo, a próxima tratativa com relação ao termo de entrega e recebimento do trecho I-A, datada de 5/11/2009, já considerava que o documento havia sido “devidamente cancelado pelas áreas jurídicas da Valec e da FNS S.A.” (peça 152, p. 1), mas não há registro que confirme tal “chancela”. Na mesma data, a Presidência da Valec encaminhou os termos de entrega e recebimento do trecho I-A à FNS S.A. e solicitou que esta devolvesse uma das cópias assinada (peça 152, p. 2).

101. Todavia, não foi possível identificar qualquer parecer técnico ou jurídico que embasasse a assinatura, pela empresa, do termo de entrega e recebimento do trecho I-A. A versão final desse termo incluiu a previsão de aplicação de multa à Valec, mas não há qualquer registro processual que mencione essa multa ou parecer técnico ou jurídico que justifique a assunção dessa obrigação pela Valec.

Motivos que embasaram a assinatura, pela Valec, do Termo de Entrega e Recebimento do trecho II em 29/12/2009

102. Para o trecho II, a primeira tratativa envolvendo o respectivo termo de entrega e recebimento foi identificada em documento datado de 19/6/2009 (peça 153). Nele o Diretor Vice-Presidente da FNS S.A.

encaminha ao Diretor-Presidente da Valec “a via original assinada do termo ‘provisório’ de entrega e recebimento do trecho Araguaína-Guarai (trecho II)”.

103. Tal termo “provisório” de entrega e recebimento para o trecho II foi assinado em 29/4/2009 por dois diretores da Valec e pelo Diretor Presidente da FNS S.A. e já estabelecia a sanção aplicável à subconcedente por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos. Não há no processo qualquer registro de manifestação técnica ou jurídica sobre o termo “provisório” ou qualquer outra menção à legalidade e aos aspectos técnicos da sanção.

104. Em 9/11/2009 há nova tratativa com relação à entrega do trecho II (peça 154), passando as partes a tratar de uma entrega denominada “definitiva”. A SUREG, nessa data, encaminhou à DIREN e à ASJUR minuta do termo “definitivo” de entrega e recebimento do trecho II. Ao encaminhar o documento, a SUREG informa que “realizou as tratativas e as análises pertinentes aos aspectos técnicos”, mas não há qualquer documento que comprove tais análises.

105. Ao encaminhar a minuta, a SUREG solicitou a análise da DIREN e da ASJUR “mormente quanto às questões relativas às multas”. Destaca-se que nessa minuta do termo “definitivo” de entrega e recebimento do trecho II, datada de 9/11/2009, também constava a definição da multa por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos.

106. A ASJUR, então, faz sua análise jurídica e a encaminha à SUREG em 1/12/2009 (peça 155). Tal análise é sintética e conclui apenas o seguinte:

Atendendo sua solicitação relativamente ao documento acima referenciado, vimos dizer que **os aspectos apontados e que dizem respeito às multas**, retenção de pagamento e inexigibilidade de correção, **os quais a ASJUR entende como negociais, já fazem parte do Termo de Recebimento Provisório do Trecho II, anteriormente assinado pela Diretoria e que, em consequência, no presente cenário, esta Assessoria Jurídica nada tem a observar.**

Dada a oportunidade de assinar o Termo Definitivo, incumbe à Diretoria a ratificação do que constou do Termo de Recebimento Provisório quanto aos tópicos antes elencados para posterior assinatura do Termo Definitivo, posto que tais aspectos estão relacionados aos prazos de cumprimento das obrigações da VALEC, cujo estabelecimento e execução são de responsabilidade da Superintendência Geral de Obras, como informado por esse Superintendente por mensagem eletrônica. (grifos nossos)

107. Vê-se, portanto, que a ASJUR não teceu nenhuma observação, alegando que a multa tem caráter comercial e que ela já tinha sido incluída no termo “provisório” de entrega e recebimento do trecho II. Porém, no trâmite da minuta termo “provisório” não foi encontrado nenhum parecer que comprovasse a análise da ASJUR quanto à legalidade da sanção.

108. Em 2/12/2009 a SUREG recebe a análise da ASJUR e encaminha o termo de entrega e recebimento do trecho II à Presidência da Valec (peça 156), informando que “assim como ocorreu em relação aos demais termos, desenvolveu e concluiu as tratativas relativas aos aspectos estritamente técnicos”. Mesmo com essa informação, também não há qualquer parecer ou documento que comprove a análise técnica efetuada pela SUREG.

109. Nessa mesma data a SUREG informa que “as questões jurídicas, incluindo-se a aplicação de multas, por força de competência, tal como ocorreu nos termos anteriores, referentes aos trechos I e I-A, foram encaminhadas à ASJUR para análise e parecer”. A SUREG, então, ratifica o parecer da ASJUR e informa que incumbe à Diretoria a ratificação do que constou do termo de recebimento provisório.

110. Depois disso, em 7/12/2009 (peça 157), a Presidência da Valec encaminha o termo de entrega e recebimento do trecho II assinado para a FNS S.A. No termo assinado pela Valec e pela FNS S.A. (peça 39) constava a multa por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos.

Motivos que embasaram a assinatura, pela Valec, do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 em 10/12/2010

111. O Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 foi o documento que formalizou o recebimento do trecho III e que “ratificou” os termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II. Sua assinatura se deu em 10/12/2010 e dentro do processo encaminhado pela Valec há tratativas para análise técnica e jurídica desse documento alguns dias antes disso. Cumpre reforçar que o Segundo Termo Aditivo também criou nova sanção à Valec, assim como feito nos termos de entrega e recebimento.

112. Em 17/11/2010, ao encaminhar a minuta do termo aditivo à ASJUR, a SUREG informou (peça 158, p. 1) que o documento foi “motivo de discussões técnicas entre profissionais da Valec e da FNS S.A.”. Não há, porém, qualquer documento que comprove ou que contenha os pontos envolvidos em tais discussões.

113. Nessa manifestação a SUREG encaminha a minuta à ASJUR destacando duas cláusulas que, segundo ela, possuíam cunho jurídico. A primeira dessas cláusulas diz respeito à multa que foi estabelecida para atrasos na resolução de passivos ambientais e construtivos do trecho III, cabendo trazer aqui a integralidade das palavras da SUREG (peça 158, p. 1):

Primeiro

Cláusula 2, item 2.4, onde a subconcessionária propõe critério de cálculo aplicável a atrasos a partir de 01 de janeiro de 2010.

Proposta da FNS S/A de incluir a seguinte a cláusula:

2.4 – Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das inconformidades referidas no item 2.3, será devida à FNS S/A multa compensatória prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão, corrigida pelo IGPI-DI, desde a data do inadimplemento até a data da efetiva correção pela VALEC. Para fins de clareza, as partes declaram que o critério de cálculo aplicável a atrasos a partir de 01 de janeiro de 2010 será o mesmo já previsto para o ano de 2009 na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão.

Justificativa da FNS S/A:

A referência para a fixação do valor da multa é o estudo econômico que justifica o valor da outorga e que prevê valores de produção (e receita comercial) para 2010 em patamares estabelecidos no estudo que embasou a valoração do equilíbrio econômico da concessão. A repactuação da meta de 2010 com a ANTT não foi referência para outorga e também não deve ser utilizada para os valores de penalidade.

Portanto, considerar o valor da meta de produção repactuada com a ANTT para o ano de 2010 para efeito da apuração de eventual multa é inadequado e configura novação às condições estabelecidas no Edital e Contrato de Subconcessão da Ferrovia Norte-Sul, o que remeteria, inclusive, ao entendimento de que com a redução dos parâmetros que embasaram o estudo econômico-financeiro, o valor da outorga seria também reduzido, pois as projeções do Edital e do Contrato compõe o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Situação: Neste caso, apresentamos à FNS S/A, uma contraproposta, não aceita, cuja justificativa é a que se segue:

Justificativa da SUREG:

O espírito do legislador ao estabelecer a metodologia para cálculo das multas a serem eventualmente aplicadas pela Subconcessionária foi de que as mesmas teriam um caráter compensatório do lucro cessante, em função das metas de produção.

As metas contratuais foram reduzidas pela ANTT e, conseqüentemente, a expectativa de receita e lucro a ser potencialmente auferida.

Implicitamente, ao aceitar a redução das metas, também a ANTT aceitou a não aplicação das penalidades contratuais previstas na hipótese do não atingimento das mesmas.

Desta forma, as multas, se houver, neste caso, devem ser aplicadas considerando esse novo cenário, e não sobre um patamar anterior irreal, e que, no caso da proposta da FNS, conduziriam a um ganho compensatório sobre algo que não foi concretizado.

Assim, entendemos que, em face ao conjunto das obras em questão, caso não sejam executadas, impactar diretamente na produção da Ferrovia Norte-Sul somente a partir de 2011, as eventuais multas cabíveis devam ter como parâmetro para suas fixações a produção do referido ano. (grifos no original)

114. Depois disso, a SUREG encaminhou a minuta para a ASJUR, que emitiu sua análise jurídica com relação à minuta do termo aditivo no dia 19/11/2010. No Parecer 166/10-10/RJ-ASJUR (peça 159) são expostos pontos legais e doutrinários que tratam de contratos administrativos e de prerrogativas da administração pública, basicamente concluindo que eles podem ser alterados unilateralmente e que devem obediência ao interesse público.

115. Em seguida, a ASJUR trata especificamente de duas cláusulas do termo aditivo. Uma delas se refere à multa que foi estabelecida, cabendo trazer a íntegra da manifestação da ASJUR com relação a essa cláusula (peça 159, p. 5-6):

Quanto à Cláusula 2.4

As justificativas apresentadas tanto pela FNS quanto por essa SUREG, **deixam claro o caráter nitidamente negocial da referida cláusula**. Entretanto, não poderíamos nos furtar de dizer que

razão assiste a essa Superintendência, posto que não cumpridas as metas previstas quando da assinatura do contrato, tanto que a ANTT considerou diversa a meta alcançada pela FNS. **Assim, a VALEC estaria sendo penalizada com base em parâmetro irreal, o que significa dizer abusivo, promovendo em consequência, acaso utilizado o parâmetro indicado no contrato para efeito de multa, o que poderíamos considerar enriquecimento ilícito.**

Trazendo a questão para a realidade, e usando parâmetros justos, sugerimos a redação abaixo para a cláusula em estudo.

“2.4 – Caso a VALEC não venha a desincumbir-se de todas as medidas necessárias para a completa e definitiva solução das inconformidades referidas no item 2.3, será devida à FNS S/A multa compensatória prevista na Cláusula Vigésima do Contrato de Subconcessão, corrigida pelo IGPI-DI, desde a data do inadimplemento até a data da efetiva correção pela VALEC. Para fins de clareza, as partes declaram que o critério de cálculo aplicável a atrasos a partir de 01 de janeiro de 2010 será o de utilizar-se como parâmetro a meta de produção repactuada pela FNS com a ANTT (1,8 bilhões de TKU). Para o cálculo a partir de 01 de janeiro de 2011, considerar-se-á como parâmetro a meta de produção para a FNS que vier a ser definida pela ANTT.” (grifos nossos)

116. A ASJUR continua seu parecer afirmando que “em nenhum erro incorre a administração se, após firmado o contrato, decidir alterá-lo em face da adequação do seu objeto às finalidades do interesse público, desde que tal modificação esteja devidamente justificada e que as condições contratuais sejam as mesmas da avença inicial”. Conclui dizendo que “estando devidamente comprovado que as exigências estatuídas pela lei em comento foram cumpridas, nada obsta, sob o ponto de vista legal, a emissão de Termo Aditivo ao Contrato 33/07”.

117. Em 23/11/2010 a SUREG encaminha à Diretoria de Planejamento da Valec (DPLAN) a minuta que havia sido analisada pela ASJUR. O próximo registro dentro do processo sobre o termo aditivo data de 6/12/2010 (peça 160). Nessa data a ANTT encaminha à Valec o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 já assinado.

I.3.3. Resposta da ANTT quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação”

118. A resposta do ANTT foi encaminhada através do Ofício 539/2017/DG/ANTT (peça 135). A ANTT havia sido solicitada a encaminhar cópias do processo e de quaisquer outros documentos, inclusive pareceres técnicos e jurídicos que embasaram a elaboração e que motivaram a assinatura, pela Agência, do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07.

119. A ANTT informou (peça 135, p. 2) que “após exaustiva pesquisa nos registros, arquivos e sistemas de dados, esta Agência não logrou êxito na localização do processo administrativo em comento, inclusive no âmbito da Procuradoria Geral”.

120. Foi informado que a “Agência é tão somente interveniente e não parte do aditivo”. Na oportunidade, foi encaminhada também cópia do processo da Valec, que foi analisado nos tópicos anteriores desta instrução.

I.3.4. Análise das respostas quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação”

121. De início, merece destaque o fato de que a ANTT assinou o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 e rubricou todas as páginas do documento, inclusive inserindo o carimbo “Procuradoria Geral – ANTT”. Mesmo assim, a Agência não conseguiu localizar qualquer registro que comprove o trâmite desse documento ou qualquer outra discussão técnica ou jurídica sobre o assunto.

122. Depreende-se, portanto, que a ANTT apenas assinou o documento, sem analisar qualquer impacto regulatório, contratual, econômico ou financeiro, podendo até mesmo ter deixado de cumprir suas obrigações definidas em lei. Destaca-se, por outro lado, que, como dito anteriormente nesta instrução, eventual responsabilização dos agentes que formalizaram assinaturas no documento serão analisadas em autos apartados. Para este tópico da instrução, a informação a ser considerada é a de que a ANTT não observou o princípio da motivação ao formalizar a assinatura da entidade como interveniente no Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07.

123. Com relação à Valec, cada um dos três documentos (termo de entrega e recebimento do trecho I-A, termo de entrega e recebimento do trecho II e Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07) seguiu um trâmite distinto, motivo pelo qual se mostra necessário expor cada um deles separadamente.

124. O termo de entrega e recebimento do trecho I-A definiu nova sanção a ser aplicada à Valec em seu item 2.2.7 (peça 46, p. 3). Todavia, no processo encaminhado pela Valec em resposta à diligência não há comprovação de que o ato de assinatura desse documento foi motivado. A área técnica da Valec havia sugerido que constasse uma cláusula que eximisse “a Valec de qualquer responsabilidade sobre possíveis problemas operacionais” (peça 149), mas essa cláusula não foi incluída e as instâncias superiores não se manifestaram acerca da necessidade ou não de inclusão dessa cláusula.

125. Já quanto à análise jurídica da minuta, a única informação é a de que ela havia sido “devidamente chancelada pelas áreas jurídicas da Valec e da FNS S.A.” (peça 152, p. 1). Não há qualquer documento que fundamente tal “chancela” ou que comprove que a legalidade do documento foi analisada pela Valec. Por esses motivos, considera-se que o ato de assinatura do termo de entrega e recebimento do trecho I-A se deu em desobediência ao princípio da motivação.

126. O termo de entrega e recebimento do trecho II também definiu nova sanção a ser aplicada à Valec em seu item 2.7 (peça 39, p. 4). No que diz respeito a ele, foi verificado que dois documentos distintos foram assinados pela Valec: o termo de entrega “provisório” e o termo de entrega “definitivo”. Não há qualquer registro no processo sobre a análise efetuada pela Valec quanto aos aspectos técnicos e quanto à legalidade da sanção estipulada no termo denominado “provisório”.

127. Com relação ao termo denominado “definitivo”, há apenas a menção (peça 154, p. 1) de que a SUREG “realizou as tratativas e as análises pertinentes aos aspectos técnicos”, mas não há documento que exponha tais análises. Quanto aos aspectos jurídicos, a SUREG encaminhou o termo para análise da ASJUR “mormente quanto às questões relativas às multas”.

128. A análise jurídica da ASJUR para o termo de entrega “definitivo” foi sintética e apenas disse que as multas possuíam “caráter negocial”. A área jurídica não se manifestou com relação a tais pontos alegando que eles já tinham sido incluídos no termo “provisório” de entrega e recebimento do trecho II. Porém, não foi identificado o parecer da ASJUR no trâmite do termo “provisório” para que fossem comprovadas tais alegações.

129. Assim como ocorreu no trâmite do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, destaca-se o fato de que não há registro que comprove a análise técnica efetuada pela SUREG para o termo de entrega e recebimento do trecho II, principalmente no que tange aos impactos contratuais decorrentes da assunção de novas obrigações pela Valec, em especial a multa que hoje alcança valores milionários. Nos dois casos, o que há, apenas, são informações genéricas da SUREG de que os aspectos técnicos foram analisados, sem qualquer comprovação disso.

130. Destaca-se, também, o preocupante fato de a ASJUR afirmar, em seu parecer jurídico, que nada tinha a observar sobre os aspectos que diziam respeito às multas, alegando que estes já faziam parte do termo de recebimento “provisório” do trecho II. Não foi encaminhado, ao menos, o parecer emitido para o termo “provisório”, de modo a auxiliar a tomada de decisão pelas demais instâncias da empresa. Observa-se que, assim como ocorreu no trâmite do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, no caso do trecho II também não há qualquer registro que comprove que foi realizada análise jurídica da cláusula que estabeleceu a sanção que poderia ser aplicada à Valec. Desse modo, o ato de assinatura do termo de entrega e recebimento do trecho II também se deu em desobediência ao princípio da motivação.

131. Por fim, o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 também definiu sanção a ser aplicada à Valec em seu item 2.4 (peça 46, p. 4) e, ainda, tentou, em seu item 2.6 (peça 46, p. 4), “ratificar” os termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II, que possuíam claras incongruências. A primeira menção à análise técnica desse documento está registrada no processo quando a SUREG encaminha a minuta de aditivo à ASJUR informando que o documento foi “motivo de discussões técnicas entre profissionais da Valec e da FNS S.A.” (peça 158, p. 1). Não há, porém, qualquer documento que comprove ou que contenha os pontos envolvidos em tais discussões.

132. Após isso, a SUREG faz uma breve explanação sobre duas cláusulas do termo aditivo. Em síntese, a manifestação da SUREG com relação à multa tratou apenas de sua metodologia de cálculo. A área técnica discordou da metodologia de cálculo da multa, afirmando que da forma como foi proposta, a aplicação da multa conduziria “a um ganho compensatório sobre algo que não foi concretizado”.

133. Destaca-se o fato de que a inclusão da cláusula que estabeleceu a sanção foi uma proposta da própria FNS S.A. e que a mesma não aceitou sugestão de mudança feita pela SUREG. Outro fato relevante a ser destacado é que a “proposta de cláusula” feita pela FNS S.A. é exatamente a mesma constante da versão final do termo aditivo (peça 46, p. 4), ou seja, a multa foi estabelecida da forma como quis a subconcessionária.

134. Após isso, houve manifestação da área jurídica da Valec. Com relação à multa a ASJUR afirmou que essa cláusula possuía caráter nitidamente negocial e fez comentário sobre a metodologia de cálculo da

multa, concordando com a manifestação da SUREG. Segundo a ASJUR, a metodologia da forma como havia sido proposta pela FNS S.A. penalizaria a Valec “com base em parâmetro irreal, o que significa dizer abusivo”, podendo resultar em enriquecimento ilícito. Por esse motivo, a ASJUR propôs redação diferente para a cláusula.

135. Mesmo tendo a SUREG e a ASJUR se manifestado contra a redação proposta pela subconcessionária, a cláusula de multa incluída no documento assinado pela Valec era a proposta originalmente pela FNS S.A. No processo não há qualquer manifestação das instâncias superiores da Valec discordando das sugestões propostas pelas áreas técnica e jurídica da empresa.

136. Considera-se, portanto, que o ato de assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 se deu sem observância ao princípio da motivação. Para este último documento a inobservância é ainda mais crítica, tendo em vista a existência de argumentos que discordavam da versão final do termo e que não foram motivadamente rejeitados.

137. A Lei 9.784/1999 é clara ao dizer, em seu art. 50, inciso II, que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções. Segundo esse normativo, a motivação deve ser explícita, clara e congruente.

138. No caso em análise, ficou clara a ausência de motivação para o ato de assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07. Assim, a Valec está sujeita a uma sanção cuja existência no mundo jurídico se deu sem que houvesse motivação expressa.

139. Está-se diante de uma multa: i) que foi definida em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador, sem ter sido alterado o Contrato 33/07, em descumprimento ao princípio da legalidade e com vícios de forma e de competência que não foram convalidados; ii) que não foi calculada sob base e metodologia minimamente razoáveis e proporcionais; e iii) que foram estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação.

140. Considerando que os atos que geraram tais multas estão eivados de vícios insanáveis, entende-se que a Valec deve tomar as medidas necessárias para que se dê o exato cumprimento da lei. Destaca-se que esse tipo de determinação deste Tribunal tem sido adotado em entendimentos recentes, merecendo destaque o Acórdão 738/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, no qual assinou-se prazo para que um jurisdicionado anulasse cláusulas de um termo aditivo em contrato de concessão de serviço público de transporte rodoviário que não haviam observado princípios da administração pública.

141. Por todo o exposto, **propõe-se, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, fixar prazo de até 15 dias para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999).**

I.4. Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na entrega de trechos não estão de acordo com o Contrato 33/07

I.4.1. Síntese da irregularidade apontada

142. O presente tópico diz respeito à multa por atraso na entrega de trechos. Ao contrário da multa do tópico anterior, a sanção por atraso na entrega de trechos foi regularmente definida entre as partes e tem seu fato gerador definido com clareza no Contrato 33/07.

143. A finalidade dessa multa é a de compensar financeiramente a subconcessionária em virtude de lucros que ela deixou de auferir graças à morosidade da subconcedente na entrega dos trechos de ferrovia. Aqui cabe trazer a íntegra da cláusula contratual que trata dessa sanção (peça 47, p. 26):

CLÁUSULA VIGÉSIMA – DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

20.1 – DA SUBCONCEDENTE VALEC

§1º - A SUBCONCEDENTE estará sujeita à aplicação de multas diárias pelo **atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga**, quando os prazos e as condições previstos nos Parágrafos 1º, 2º e 3º do Item 10.1 da Cláusula Décima, não forem cumpridos.

144. A finalidade de compensação financeira por lucros cessantes dessa multa pode ser deduzida em função de sua metodologia de cálculo (peça 47, p. 26):

§2º - A SUBCONCEDENTE deverá indenizar a SUBCONCESSIONÁRIA, por dia de atraso, em um valor correspondente a 10% (dez por cento) da receita diária esperada (lucro estimado),

considerando-se as Metas de Produção previstas no Item 6.1 da Cláusula Sexta deste Contrato e o produto médio adotado no Estudo Operacional (ANEXO III do Edital de Licitação).

145. Observa-se que a redação do parágrafo acima reproduzido é expressa ao dizer que a subconcedente estará indenizando a subconcessionária por dia de atraso da receita que ela auferiria caso o trecho tivesse sido entregue até a data limite.

146. Já essa data limite para entrega dos trechos foi definida na Cláusula Décima do Contrato 33/07, *in verbis* (peça 47, p. 10-12):

CLÁUSULA DÉCIMA - DAS OBRIGAÇÕES DA SUBCONCEDENTE - VALEC

São obrigações da VALEC:

10.1 - DA CONSTRUÇÃO, DOS PRAZOS E DOS RECURSOS

ATIVIDADES DE CONSTRUÇÃO

§1º - Construção da Linha e dos Desvios de Cruzamento

É de inteira responsabilidade da VALEC a construção dos seguintes trechos:

I) Açailândia (MA) a Aguiarnópolis (TO), com 225 km;

- Já construído e em operação

- Recursos do Governo Federal;

II) Aguiarnópolis (TO) a Araguaína (TO), com 133,5 km;

- Já construído não operando;

- Recursos do Governo Federal;

III) Araguaína (TO) a Palmas (TO) com 361,5 km;

- Em construção, conclusão - Até dezembro de 2009;

- Recursos da outorga da Subconcessão;

IV) Prazos das Entregas Parciais dos Trechos do item III:

a) Trecho Araguaína (TO) a Guaraí (TO) [Trecho II], com 213,2 km, conclusão até dezembro de 2008;

b) Trecho Guaraí (TO) a Palmas (TO) [Trecho III], com 148,3 km, conclusão até dezembro de 2009.

(...)

§3º - Das Tolerâncias

I - Admite-se uma tolerância de 120 (cento e vinte) dias corridos, nos prazos de entrega dos trechos citados nos itens anteriores, conforme estabelecido na Cláusula 10.1, deste Contrato;

II - Os prazos de entrega previstos nos itens anteriores, inclusive o da prorrogação, estão ressalvados por interrupção emergencial causada por caso fortuito ou de força maior. (grifos nossos)

147. Em síntese, os prazos definidos no Contrato 33/07 para a entrega de cada trecho eram os seguintes:

i) Trecho I-A: não há definição contratual

ii) Trecho II: 31/12/2008 (“até dezembro de 2008”), com tolerância de 120 dias, ou seja, 30/4/2009

iii) Trecho III: 31/12/2009 (“até dezembro de 2009), com tolerância de 120 dias, ou seja, 1º/5/2010

148. Os prazos em que os trechos foram efetivamente entregues são aqueles constantes dos termos de entrega e recebimento para os trechos I-A e II e aquele constante do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 para o trecho III, quais sejam:

i) Trecho I-A: termo de entrega e recebimento assinado em 30/10/2009 (peça 32, p. 5)

ii) Trecho II: termo de entrega e recebimento assinado em 29/12/2009 (peça 39, p. 5)

iii) Trecho III: Segundo Termo Aditivo assinado em 10/12/2010 (peça 46, p. 8)

149. Desse modo, assim se deram as entregas e recebimento dos trechos entre as partes e assim se resumem os dias de atraso por parte da Valec:

Tabela 2 – Prazos para aplicação da multa por atraso na entrega de trechos e respectivos prazos em houve a entrega e o recebimento dos mesmos

Trecho	Localização	Prazo máximo para que a Valec entregasse os trechos, sob pena de multa	Prazo em que foi formalizada a entrega e o recebimento	Data de liberação do tráfego pela ANTT	Dias de atraso da Valec (diferença entre o prazo máximo e o prazo em que foi formalizada a entrega e o recebimento)

I	Açailândia/M A - Porto Franco/MA	Não se aplica	Não se aplica	Liberado na data do contrato	Não se aplica
I-A	Porto Franco/MA- Araguaína/TO	Não há definição contratual	Termo de entrega e recebimento assinado em 30/10/2009 (peça 32, p. 5)	5/3/2010	Não há definição contratual do prazo máximo
II	Araguaína/TO - Guaraí/TO	31/12/2008 (“até dezembro de 2008”), com tolerância de 120 dias, ou seja, 30/4/2009	Termo de entrega e recebimento assinado em 29/12/2009 (peça 39, p. 5)	5/3/2010	243 dias
III	Guaraí/TO a Palmas/TO	31/12/2009 (“até dezembro de 2009), com tolerância de 120 dias, ou seja, 1º/5/2010	Segundo Termo Aditivo assinado em 10/12/2010 (peça 46, p. 8)	25/1/2011	223 dias

Fonte: termos de recebimento e entrega dos trechos I-A e II e Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07.

150. Salienta-se que no Relatório de Auditoria à peça 55 foram calculados dias diferentes de atraso, pois à época foi considerado que a liberação do tráfego no trecho pela ANTT seria a data em que a ferrovia foi “entregue”. Porém, devem ser considerados como dias de atraso os constantes da Tabela 2 acima. Na análise das respostas às oitivas do presente tópico será explicitado o motivo de tal definição.

151. Consultada, a FNS S.A. apresentou memória de cálculo na qual está definida a seguinte quantidade de dias de atraso para cada trecho, período de referência novembro/2013 (peça 31):

- i) Trecho I-A: 2172 dias de atraso
- ii) Trecho II: 1675 dias de atraso
- iii) Trecho III: 1675 dias de atraso

152. Vê-se que há uma grande diferença entre os dias de atraso constantes da Tabela 2 e aqueles definidos pela FNS S.A. em sua memória de cálculo. Em síntese, a subconcessionária estava considerando, em novembro/2013, que até aquele momento nenhum dos trechos havia sido entregue, pois na coluna “período de atraso” da peça 31 todos os dias de cada ano estavam sendo considerados como tal.

I.4.2. Resposta à oitiva da Valec quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na entrega de trechos não estão de acordo com o Contrato 33/07”

153. Em sua resposta à oitiva, a Valec afirmou que (peça 148, p. 5) “as multas decorrentes do atraso na entrega de trechos da ferrovia subconcedida são de dimensão extremamente questionável, restando ali apontado, inclusive, o *bis in idem*, em razão de dupla apenação para o mesmo fato gerador”.

154. Com relação ao prazo para entrega do trecho I-A, a Valec assevera que não há “que se falar em mora quanto à sua entrega, visto que sequer foi previsto prazo para tanto”.

155. Quanto ao fato de ter sido utilizado, no Relatório de Auditoria à peça 55, a data de liberação do tráfego pela ANTT para o prazo em que a multa deixou de ser aplicada à Valec, a própria se manifestou dizendo que “o termo final da multa ali prevista é a entrega do trecho à subconcessionária, o que exclui, portanto, o entendimento de que seria a liberação do tráfego pela ANTT, entendimento esse desprovido de qualquer fundamento legal ou contratual”.

156. De acordo com a Valec, “o valor cobrado pelas multas aproxima-se ao valor da própria outorga, o que demonstra, *prima facie*, a onerosidade da obrigação acessória”. A empresa cita o art. 412 do Código Civil, que diz que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Cita, também, o art. 413 do mesmo normativo, que diz que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo.

157. Em seguida, a Valec diz em sua resposta (peça 148, p. 7) que, caso tenha havido descumprimento contratual por parte da FNS S.A., “existe a possibilidade de se pleitear a aplicação de cláusula penal em

desfavor da subconcessionária, em função da ausência dos investimentos de grande vulto que essa teria que realizar”. Segundo a empresa, poderia ser aplicada a “teoria da exceção do contrato não cumprido em favor da Administração”, pois uma das partes não poderia exigir da outra o cumprimento do contrato sem que antes tenha cumprido com sua própria obrigação.

158. A Valec traz, ainda, excerto do Acórdão 1.382/2009-TCU-Plenário, que determinou a jurisdicionado que fossem estabelecidas, em contratos de prestação de serviços de tecnologia da informação, cláusulas de penalidades específicas aos serviços executados em desconformidade, prevendo-se punições proporcionais ao descumprimento.

159. Concluiu sua manifestação com relação a esse ponto dizendo que (peça 148, p. 8) “ainda que se possa vislumbrar sua base legal e contratual e algum período de incidência, [as multas] possivelmente não são coincidentes com os valores já apurados pois é possível a sua minoração decorrente da análise correta dos termos *a quo* e *ad quem*, bem como da sua minoração em juízo por conta da ofensa ao princípio da razoabilidade, o que a torna, neste momento, absolutamente incerta e discutível”.

I.4.3. Resposta à oitava da FNS S.A. quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na entrega de trechos não estão de acordo com o Contrato 33/07”

160. Por sua vez, a FNS S.A. iniciou sua manifestação sobre o assunto alegando (peça 92, p. 8) que o Relatório de Fiscalização “partiu de premissa equivocada e considerou que a simples entrega dos trechos seria suficiente para obstar a cobrança de multa”. Continuou dizendo que os trechos foram entregues em condições diversas daquelas previstas no edital e no Contrato 33/07.

161. Em seguida, a empresa menciona o cálculo dos dias de atraso efetuado pela equipe de auditoria (peça 92, p. 8), confirmando os valores constantes da memória de cálculo por ela elaborada à peça 31:

15. O Relatório de fiscalização apurou um atraso de 806 dias para o Trecho I-A, 309 dias para o Trecho II e 270 dias, para o Trecho III, quando na verdade esses descumprimentos perduraram, respectivamente, 2.172, 1.675 e 1.675 dias.

162. A FNS S.A. cita como exemplo, então, o trecho I-A, afirmando que quando o termo de entrega e recebimento foi assinado, “o trecho realmente estava construído, porém não estava operante, pois ainda pendentes diversas obras que inviabilizavam sua utilização”.

163. Cita, também, o trecho II, reproduzindo excerto do Segundo Aditivo ao Contrato 33/07, que segundo a empresa seria claro ao destacar que “a presente entrega e recebimento provisório do trecho II não exime, em nenhuma hipótese, as responsabilidades da Valec quanto às medidas necessárias para colocá-lo nas condições previstas no Edital e no Contrato de Subconcessão 33/07”. O mesmo termo aditivo também disporia que “a Valec deverá sanar todas as inconformidades encontradas no trecho III, em prazo a ser pactuado entre as partes, contado a partir da elaboração do relatório”.

164. A empresa menciona o trecho III dizendo que até a data de sua resposta o mesmo “não teve seu ato de entrega e recebimento formalizado, devido aos atrasos e correções perpetradas pela Valec”.

165. Segundo a FNS S.A. (peça 92, p. 9), “o contrato de subconcessão foi assinado levando-se em conta que os trechos estariam 100% operacionais, mas foram entregues inacabados e com capacidade altamente reduzida, o que, inclusive, impacta o equilíbrio econômico-financeiro da subconcessão”. A empresa traz logo em seguida dispositivos doutrinários para reforçar a necessidade de se manter a equação econômico-financeira dos contratos administrativos.

166. Quanto aos valores das multas que foram aplicadas à Valec por atraso na entrega de trechos, assim se manifestou a subconcessionária (peça 92, p. 2-4):

i) Trecho I-A: “a multa por atraso incide desde a assinatura do contrato e não é interrompida pela simples entrega do trecho, disponibilizado ainda com pendências, tais como passivos ambientais e imperfeições na construção; o atraso, portanto, é de 2172 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 114.492.890,00

ii) Trecho II: “a multa neste caso deve ser contada a partir da data prevista para entrega somada ao prazo de carência (120 dias). Assim como no trecho I-A, não é interrompida pela entrega do trecho com pendências. O atraso, portanto, é de 1675 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 96.563.742,00

iii) Trecho III: “a multa neste caso deve ser contada a partir da data prevista para entrega somada ao prazo de carência (120 dias). Assim como no trecho I-A, não é interrompida pela entrega do trecho com pendências. O atraso, portanto, é de 1675 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 96.563.742,00

I.4.4. Análise das respostas quanto ao tópico “Multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na entrega de trechos não estão de acordo com o Contrato 33/07”

167. De início cabe realizar uma abordagem sobre o fato gerador da multa constante da Cláusula Vigésima do Contrato 33/07, trazendo mais uma vez a íntegra desses trechos:
CLÁUSULA VIGÉSIMA – DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES
20.1 – DA SUBCONCEDENTE VALEC
§1º - A SUBCONCEDENTE estará sujeita à aplicação de **multas diárias pelo atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga**, quando os prazos e as condições previstos nos Parágrafos 1º, 2º e 3º do Item 10.1 da Cláusula Décima, não forem cumpridos.
§2º - A SUBCONCEDENTE deverá indenizar a SUBCONCESSIONÁRIA, por dia de atraso, em um valor correspondente a 10% (dez por cento) da receita diária esperada (lucro estimado), considerando-se as Metas de Produção previstas no Item 6.1 da Cláusula Sexta deste Contrato e o produto médio adotado no Estudo Operacional (ANEXO III do Edital de Licitação).
168. Tal cláusula é clara ao estabelecer que a multa diária seria aplicada no caso de atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga, quando os prazos e condições definidos nos parágrafos 1º, 2º e 3º do item 10.1 não fossem cumpridos. Nesses parágrafos são definidos os prazos máximos para que a Valec entregasse os trechos e as respectivas tolerâncias (os prazos finais foram sintetizados na Tabela 2 desta instrução).
169. É importante trazer esse dispositivo contratual para deixar assente que o próprio contrato define que, no caso de haver a entrega do trecho, a Valec passaria a não estar mais sujeita à aplicação da multa da Cláusula Vigésima.
170. Como já visto, foram formalizados entre a Valec e a FNS S.A. termos de entrega e recebimento para os trechos I-A e II. O termo de entrega e recebimento do trecho I-A possui o seguinte objeto (peça 32, p. 1):
1 – DO OBJETO
1.1 – O objeto do presente instrumento é **formalizar a entrega, pela VALEC, e o recebimento, pela FNS**, do trecho da Ferrovia Norte Sul com extensão de 154,5 km (Km 204 ao km 358,5), compreendido entre os Municípios de Porto Franco/MA – Araguaína/TO, doravante denominado TRECHO I-A; (grifos nossos)
171. Já o termo de entrega e recebimento do trecho II traz o seguinte dispositivo (peça 39, p. 1):
1 – DO OBJETO
1.1 – O objeto do presente instrumento é **formalizar a entrega, pela VALEC, e o recebimento, pela FNS**, do trecho da Ferrovia Norte Sul com extensão de 210,5 km (Km 358,5 ao km 570), compreendido entre os Municípios de Araguaína/TO e Guaraí/TO, doravante denominado TRECHO II; (grifos nossos)
172. O Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, que tratou do trecho III, dispõe que (peça 46, p. 4):
2.3 – **A presente entrega e recebimento provisório do TRECHO III** não exime, em nenhuma hipótese, as responsabilidades da VALEC quanto às medidas necessárias para colocá-lo nas condições previstas no Edital e no Contrato de Subconcessão nº 033/2007. Fica desde já acordado que a VALEC deverá sanar todas as inconformidades encontradas no TRECHO III, em prazo a ser pactuado entre as partes, contado a partir da elaboração do RELATÓRIO.
173. Vê-se, portanto, que esses instrumentos foram utilizados para formalizar a entrega dos trechos I-A, II e III. Nas datas de suas assinaturas, então, as partes concordaram que os trechos da ferrovia estavam sendo formalmente entregues à subconcessionária e sendo recebidos por ela.
174. Destaca-se que o fato de os termos de entrega e recebimento não serem instrumentos hábeis para estabelecerem novas sanções, conforme explicitado no item I.1 desta instrução, não os torna por consequência inábeis para o fim de formalizar a entrega e o recebimento. Ora, se o próprio nome do documento e seu objeto confirmam que ali estava sendo formalizada a entrega, não há como se realizar interpretação contrária.
175. Conforme ratificado pela Valec em sua resposta à oitiva, o texto da Cláusula Vigésima do Contrato 33/07 é claro ao dizer que o termo final da multa seria a entrega do trecho. Não há que se pensar em outra forma de se formalizar a entrega do trecho, senão pela assinatura de um “termo de entrega e recebimento” (trechos I-A e II) ou pela confirmação de que estava sendo feita a “entrega e recebimento provisório” (trecho III).
176. Aqui, portanto, cabe fazer retificação na definição feita anteriormente no Relatório de Auditoria à peça 55. Não foi a liberação do tráfego no trecho pela ANTT que fez com que a Valec passasse a não mais ser penalizada com a multa, mas sim a entrega do trecho, formalizada, nos casos dos trechos I-A e II, nos termos de entrega e recebimento, e no caso do trecho III, no Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07.
177. Desse modo, engana-se a FNS S.A. ao afirmar que a simples entrega dos trechos não seria suficiente para obstar a cobrança de multa. Não existe nenhum dispositivo do Contrato 33/07 que estabelece

condicionante para que a entrega seja considerada ou não, a depender do caso, como termo final para a aplicação. O contrato apenas diz que a Valec será multada em caso de atraso na entrega do trecho, que foi formalizada, nos casos dos trechos I-A e II, com a assinatura dos termos, e no caso do trecho III, com a assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07.

178. Dizer que os trechos foram entregues em condições diversas das previstas no edital e no contrato também não fazem com que a entrega inexista. É fato consumado que os termos de entrega e recebimento e o termo aditivo são os instrumentos que formalizaram a entrega dos trechos, bastando sua simples leitura para se chegar a essa conclusão.

179. O Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 traz dispositivos que confirmam que houve a entrega dos trechos I-A, II e III, *in verbis* (peça 39, p. 2-3):

Considerando que **a FNS aceitou receber os Trechos I-A e II**, mediante o compromisso da VALEC em concluir nos prazos estabelecidos nestes instrumentos todas as pendências de obras, tendo efetivado o pagamento integral da 2ª parcela prevista no item 5.2.1 da Cláusula Quinta, **levando em consideração que as pendências verificadas não impediam a circulação de trens de cargas naqueles trechos, o que foi confirmado pelas liberações do tráfego nos respectivos trechos pela ANTT;**

(...)

Considerando que o Trecho III ainda carece da execução de alguns serviços que devem ser concluídos em meados de 2011, **os quais não impedem a circulação de trens de cargas no respectivo trecho**, o que será objeto de efetiva manifestação formal da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT neste sentido; (grifos nossos)

180. Fica ainda mais evidente que houve sim a formalização da entrega dos trechos I-A e II quando da assinatura dos termos de entrega e recebimento. O próprio aditivo contratual é expresso ao dizer que a FNS S.A. aceitou receber os trechos I-A e II, indo ainda mais além. É dito que a FNS S.A. “aceitou” receber, pois as pendências existentes não impediam a circulação de trens de cargas nos trechos I-A e II. Também é dito que no trecho III haviam serviços que careciam de execução, mas que não impediam a circulação de trens de cargas.

181. Está-se diante de uma situação em que: i) foram assinados documentos cujo objeto era o de “formalizar a entrega” dos trechos I-A, II e III; ii) a própria subconcessionária formalizou que os trechos estavam em condição de circular em trens (foi formalizado em aditivo contratual que a FNS S.A. “aceitou receber os trechos I-A e II”, “levando em consideração que as pendências verificadas não impediam a circulação de trens de cargas naqueles trechos” e que no trecho III, os serviços a serem executados “não impediam a circulação de trens de cargas”).

182. Não há como contestar que houve, de fato, a entrega dos trechos I-A, II e III. Os documentos que comprovam isso são os respectivos termos de entrega e recebimento e o termo aditivo, onde inclusive é citado que trens poderiam circular em todos os três trechos. Portanto, como houve formalização da entrega dos trechos I-A, II e III, a multa por atraso na entrega de trecho deixou de ser aplicada na data de tal formalização.

183. Outro equívoco da FNS S.A. diz respeito à definição dos dias de atraso na entrega dos trechos que sujeitaram a Valec à multa da Cláusula Vigésima, cuja aplicação está nitidamente em desacordo com o Contrato 33/07.

184. Nesse ponto deve-se recorrer à memória de cálculo da multa apresentada pela FNS S.A. (peça 31). De acordo com a subconcessionária, até o mês novembro/2013 os trechos I-A, II e III ainda não haviam sido entregues, considerando que a empresa definiu que até aquele momento todos os dias do ano estavam sendo considerados como “período de atraso”. Com base nesse período de atraso, foi utilizado o percentual da receita diária definido no contrato para calcular o valor da multa devida pela Valec.

185. Assim, a FNS S.A. chegou aos seguintes valores de multa por atraso na entrega dos trechos (peça 92, p. 2-4):

i) Trecho I-A: “a multa por atraso incide desde a assinatura do contrato e não é interrompida pela simples entrega do trecho, disponibilizado ainda com pendências, tais como passivos ambientais e imperfeições na construção; o atraso, portanto, é de 2172 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 114.492.890,00

ii) Trecho II: “a multa neste caso deve ser contada a partir da data prevista para entrega somada ao prazo de carência (120 dias). Assim como no trecho I-A, não é interrompida pela entrega do trecho com pendências. O atraso, portanto, é de 1675 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 96.563.742,00

iii) Trecho III: “a multa neste caso deve ser contada a partir da data prevista para entrega somada ao prazo de carência (120 dias). Assim como no trecho I-A, não é interrompida pela entrega do

trecho com pendências. O atraso, portanto, é de 1675 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 96.563.742,00

186. Consta-se que na resposta à oitiva a subconcessionária confirmou os dias de atraso da memória de cálculo à peça 31 e especificou quais seriam os valores de multa devidos para os atrasos de cada trecho. Resumidamente, de acordo com a FNS S.A. (peça 92, p. 2-4), o atraso na entrega para o trecho I-A seria de 2172 dias e para os trechos II e III seria de 1675 dias.

187. Para o trecho I-A há equívoco da empresa ao fazer tal afirmação. Como visto na Tabela 2 desta instrução, não há definição contratual sobre o prazo máximo que a Valec deveria entregar o referido trecho. Por se tratar de uma sanção cujo cálculo é feito com base em cada dia de atraso, deve haver uma definição precisa sobre qual seria a data em que ela passaria a ser aplicada. A Cláusula Décima do Contrato 33/07, que traz os prazos que deveriam ser observados pela Valec para entrega dos trechos, sob pena de aplicação da multa da Cláusula Vigésima, traz prazo para entrega apenas para os trechos II e III, *in verbis* (peça 47, p. 10-11):

IV) Prazos das Entregas Parciais dos Trechos do item III:

a) Trecho Araguaína (TO) a Guaraí (TO) [Trecho II], com 213,2 km, conclusão até dezembro de 2008;

b) Trecho Guaraí (TO) a Palmas (TO) [Trecho III], com 148,3 km, conclusão até dezembro de 2009.

188. Desse modo, não é possível identificar quais foram as razões que fizeram com que a subconcessionária considerasse que o trecho I-A está com 2172 dias de atraso na entrega. Sem que o contrato definisse prazo máximo, não se torna possível aplicar a sanção em comento.

189. A empresa chegou a informar que para o trecho I-A “a multa por atraso incide desde a assinatura do contrato” (peça 92, p. 2). Não se vislumbra de onde a mesma retirou tal informação, sendo inclusive ilógico deduzir que a Valec passou a ser multada desde o dia em que assinou o contrato. Isso se equivaleria a dizer que a Valec assinou uma avença se comprometendo a ser punida desde o primeiro dia da vigência contratual, pois era sabido que o trecho não estava em condições de ser entregue naquela data.

190. Para o trecho II, de acordo com a FNS S.A., o atraso seria de 1675 dias. Porém, como é possível observar na Tabela 2 desta instrução, o termo de entrega e recebimento foi assinado em 29/12/2009 e o prazo máximo para entrega, incluído o prazo de tolerância, seria na data de 30/4/2009. A diferença entre as duas datas totalizaria 243 dias de atraso, total que em muito difere daquele considerado pela subconcessionária.

191. Já para o trecho III, para a FNS S.A. o atraso seria de 1675 dias. Na Tabela 2 desta instrução, todavia, vê-se que o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 foi assinado em 10/12/2010 e o prazo máximo para entrega do trecho, incluído o prazo de tolerância, seria em 1º/5/2010. A diferença entre o prazo máximo para entrega e a data da formalização da entrega, portanto, é de 223 dias, valor também dispar com o informado pela FNS S.A.

192. Tanto para o trecho II quanto para o trecho III a FNS S.A. afirmou (peça 92, p. 3-4) que a aplicação da multa da Cláusula Vigésima do Contrato 33/07 “não é interrompida pela entrega do trecho com pendências”. Como já demonstrado na instrução, não há qualquer cláusula relacionada a essa sanção que informe como deve ser feita a “entrega”. A multa em questão deve ser aplicada à Valec caso haja “atraso na entrega de trechos”. Considerando que os trechos foram formalmente entregues, não há que se falar em atraso a partir do momento em que a subconcessionária formalizou tal feito nos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e no Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07 para o trecho III.

193. Assim, entende-se que a Valec deve se abster de quitar a multa a ela aplicada até que haja uma definição precisa sobre os dias em que ela incorreu em atraso. Todavia, esse não é o único aspecto da multa que pode estar em desacordo com o Contrato 33/07.

194. Além de não haver clareza com relação aos dias de atraso da Valec, também não há precisão na aplicação da multa com relação ao seu montante. Mesmo com a comprovação de que os trechos foram entregues, a FNS S.A. alega que “o contrato de subconcessão foi assinado levando-se em conta que os trechos estariam 100% operacionais, mas foram entregues inacabados e com capacidade altamente reduzida, o que, inclusive, impacta o equilíbrio econômico-financeiro da subconcessão”. Desse modo, segundo a empresa, a Valec deve ser penalizada com a multa da Cláusula Vigésima do Contrato 33/07.

195. Ainda que o fato gerador da multa seja o “atraso na entrega”, cabe fazer uma abordagem sobre a natureza dessa sanção e a sua finalidade na relação contratual. Como dito na síntese da irregularidade ora em análise, o objetivo da multa prevista na Cláusula Vigésima do Contrato 33/07 é o de indenizar a subconcessionária por lucros que ela deixou de obter por atraso na entrega de cada trecho, *in verbis* (peça 47, p. 26):

§2º - A SUBCONCEDENTE deverá indenizar a SUBCONCESSIONÁRIA, por dia de atraso, em um valor correspondente a 10% (dez por cento) da receita diária esperada (lucro estimado), considerando-se as Metas de Produção previstas no Item 6.1 da Cláusula Sexta deste Contrato e o produto médio adotado no Estudo Operacional (ANEXO III do Edital de Licitação).

196. Nota-se que o valor da multa é definido com base em percentual da receita diária (ou “lucro estimado”) que seria auferida pela subconcessionária, mas que não a foi por atraso na entrega do trecho por parte da subconcedente.

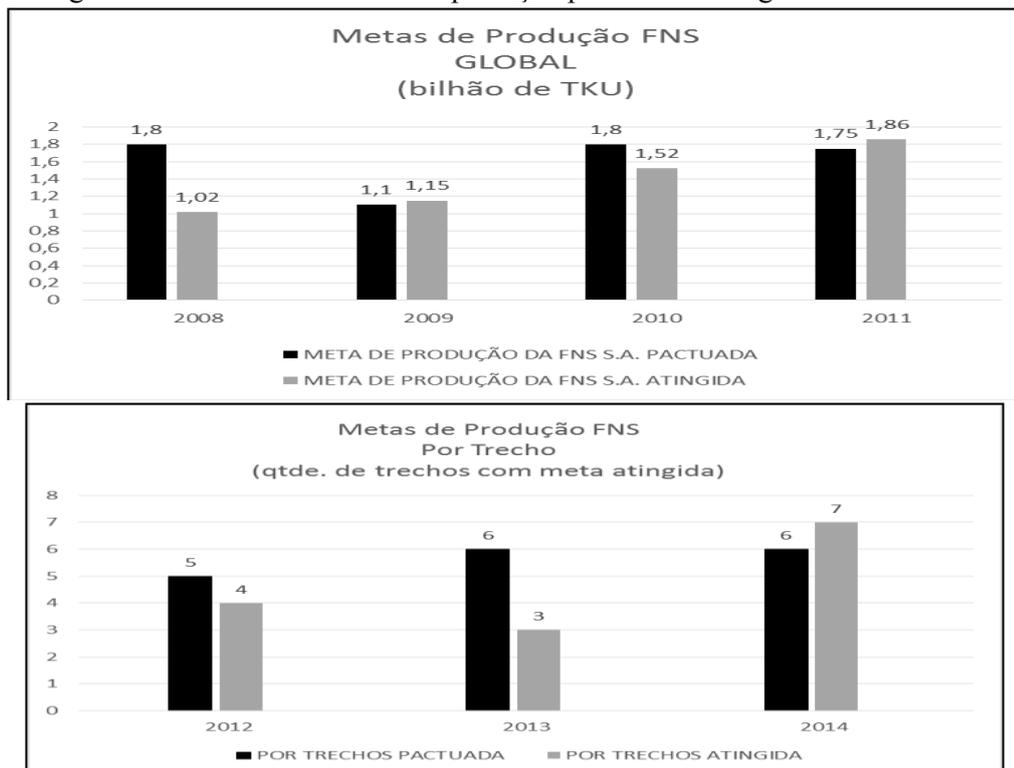
197. Considerando o percentual da “receita diária esperada”, as “metas de produção” e o “produto médio adotado no estudo operacional”, nos termos da Cláusula Vigésima, entende-se que para que a multa fosse aplicada em seu valor máximo, o trecho não deveria ter sido entregue e a subconcessionária não deveria ter auferido lucro algum. Ou seja, numa situação em que a FNS S.A. não conseguisse operar nenhum trem de carga e não auferisse nenhuma receita, a multa seria aplicada em seu valor “cheio”.

198. Entende-se que, *contrario sensu*, caso a ferrovia seja entregue com alguma condição de operação e a subconcessionária aufera algum tipo de lucro, esse lucro auferido não deve ser indenizado (afinal, a finalidade da multa é a de indenizar a subconcessionária por lucros que ela deixou de obter).

199. Tendo isso em vista, há de se considerar a situação que está sendo tratada como realidade pela FNS S.A. De acordo com a subconcessionária, ainda não houve a entrega dos trechos e a multa por atraso realmente tem de ser aplicada à Valec. Porém, ao mesmo tempo em que defende tal ponto, a FNS S.A. opera todos os trechos que supostamente não foram entregues.

200. Como revelam os gráficos abaixo, retirados do Relatório de Auditoria à peça 55, a FNS S.A. operou os trechos e obteve receita a partir da exploração dos serviços de transporte de cargas:

Figura 1 - Histórico das metas de produção pactuadas e atingidas da FNS S.A.



Fonte: ANTT (peça 22).

201. Os gráficos acima deixam evidente que, muito embora a subconcessionária não tenha, algumas vezes, atingido as metas de produção originalmente pactuadas, ela efetivamente explorou o serviço de transporte de cargas nos anos ali mostrados e como resultado auferiu receita operacional com tal exploração. O nível de produção alcançado pela FNS S.A. nos trechos considerados revela a obtenção de resultados operacionais nos mesmos anos em que a multa por lucro cessante/estimado vem sendo cobrada.

202. Na presente situação, a Valec está sendo penalizada como se não tivesse nem ao menos entregue o trecho à FNS S.A. e esta não tivesse jamais explorado qualquer serviço na via. Simultaneamente, a

subconcessionária está operando os trechos como se eles já tivessem sido entregues e, por consequência, auferindo receitas.

203. Ora, se os trechos estão operacionais, ainda que parcialmente, e a multa em questão tem por finalidade principal compensar prejuízos operacionais, tais bases de cálculo não podem ser aplicadas sobre esses trechos, visto que lucro e receita já foram auferidos com sua exploração comercial, chegando a ultrapassar os quantitativos acordados (meta de produção) nos anos de 2009 e 2011. Logo, se o trecho foi entregue para uso e gozo da subconcessionária e ela, efetivamente, o explorou comercialmente, não há porque a Valec ser apenada com as multas de natureza compensatória em seu valor total.

204. Ademais, vale frisar que se o lucro operacional auferido pela subconcessionária ficou aquém do estimado e, se isso ocorreu pelo fato de ela não haver atingido a meta de produção prevista contratualmente, tal ocorrência consiste em descumprimento contratual por parte da FNS S.A., passível de aplicação de multa pela ANTT, na hipótese de a subconcessionária haver dado causa à redução operacional havida. Se, por outro lado, a Valec tenha, por algum motivo, contribuído para a diminuição da operacionalidade da via, existiria, certamente, espaço para compensação financeira em favor da subconcessionária. Porém, o que não pode ser admitido é que a FNS S.A. aplique multa à Valec como se nunca tivesse operado a via ou obtido quaisquer receitas operacionais com sua exploração.

205. O montante que a FNS S.A. entende que a Valec é devedora para fins de multa ultrapassa os R\$ 500 milhões, em valores com data-base novembro/2013 (peça 31). Considerando que tais multas vêm sendo calculadas desde 2007 e que o contrato possui vigência de 30 anos, fica comprovada a desproporcionalidade da atual situação. Não é razoável imaginar que a Valec deva mais de R\$ 500 milhões à subconcessionária depois de apenas 7 anos de execução contratual. Mais grave ainda é comparar tal montante ao valor de outorga a ser pago pela FNS S.A., de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão. Apenas com as multas aplicadas até novembro/2013 a subconcessionária já disporia de um terço dos recursos pagos por ela pelo total da outorga, sem considerar a atualização monetária.

206. Bastaria que a FNS S.A. jamais assumisse que houve efetivamente a entrega dos trechos para que, ao final do contrato, fizesse jus a mais recursos do que se tivesse operado a ferrovia em sua plena capacidade desde o início.

207. Soma-se a isso o fato de as multas por atraso na entrega de trechos estarem sendo aplicadas simultaneamente às multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos (que, como visto nesta instrução, foram definidas em instrumentos que não são hábeis para tanto, que foram definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais e sem observância ao princípio da motivação).

208. Para entender esse ponto, cabe esclarecer que passivos ambientais e construtivos só podem ser identificados quando da entrega de uma obra. Ora, de que forma pode a contratante verificar se existe algum passivo construtivo em uma obra? Recebendo-a e verificando *in loco* a existência do passivo. Sem receber a obra, não pode a parte afirmar que há qualquer passivo, pelo simples fato de a obra ainda não ter sido entregue.

209. A FNS S.A., em seu entendimento, aplicou as duas multas para cada dia em que a Valec supostamente não cumpriu com suas obrigações. Assim, em alguns dos dias de execução do contrato a subconcessionária aplicou a multa compensatória pelo trecho não ter sido entregue e também aplicou a multa pela existência de passivos não resolvidos. Ou seja, na concepção da FNS S.A. a Valec, ao mesmo tempo, não entregou os trechos e também os entregou com a existência de passivos. Tal fato reforça ainda mais o descabimento tanto da cobrança da multa tratada nos tópicos I.1, I.2 e I.3 desta instrução, quanto da cobrança da multa do presente tópico.

210. As multas que foram aplicadas à Valec por atraso na entrega dos trechos, como pôde ser visto, foram calculadas sem qualquer clareza e sem obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não obstante, diferentemente das multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos, as multas por atraso na entrega dos trechos possuem previsão contratual e, a depender dos dias de atraso da Valec, devem sim ser aplicadas. Não há, porém, qualquer clareza ou proporcionalidade no atual cálculo dos valores dessa sanção.

211. Por esse motivo, **propõe-se determinar à Valec que se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos até que a subconcessionária encaminhe memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os valores utilizados para a definição do valor devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória de cálculo.**

212. Além disso, considerando a relevância dos valores envolvidos, **propõe-se determinar à Valec que encaminhe, em até 30 dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das**

análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.

II. Achado 3.2 – Diversas obrigações contratuais foram descumpridas pela subconcessionária FNS S.A.

213. Explicitado o primeiro achado da auditoria, na presente seção será tratada outra irregularidade identificada pela equipe de fiscalização. Foi verificado que obrigações atribuídas à FNS S.A. não foram cumpridas e que não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir o integral cumprimento do Contrato 33/07.

214. De modo a facilitar o entendimento do achado, o mesmo será dividido em dois tópicos:

- i) não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que os investimentos de responsabilidade da FNS S.A. previstos no Contrato 33/07 fossem realizados;
- ii) não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que as metas de produção e de segurança previstas no Contrato 33/07 fossem alcançadas.

II.1. Não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que os investimentos de responsabilidade da FNS S.A. previstos no Contrato 33/07 fossem realizados

II.1.1. Síntese da irregularidade apontada

215. A Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07 trata das obrigações da subconcessionária, definindo que a FNS S.A. deveria realizar investimentos em material rodante, via permanente, sistema de telecomunicação, controle e licenciamento, construção de oficina e de prédio administrativo, trem de socorro, entre outras. Todavia, foi detectado pela equipe de auditoria que alguns desses investimentos não estavam sendo realizados na integralidade.

216. No âmbito de outra fiscalização realizada por esta Secretaria, a Valec já havia se manifestado com relação a tais descumprimentos. No Memorando 104/DIROP (peça 50), a Diretoria de Operações da Valec relacionou diversos compromissos que a FNS S.A. deixou de honrar em relação ao contrato supracitado.

217. Segundo a Valec (peça 50, p. 3-4), a FNS S.A. não havia implantado sistemas de licenciamento de trens, havia ampliado e implantado apenas parcialmente desvios de cruzamento, não havia construído prédio administrativo, residências de via e oficina de mecanização, havia adquirido apenas parcialmente material rodante no serviço interno e não havia adquirido guindaste de socorro e de equipamentos de via. A Valec ressaltou (peça 50, p. 5) que a subconcessionária, à época, utilizava “o prédio da Ferrovia Centro-Atlântica em Belo Horizonte para abrigar parte de seu corpo administrativo e o Centro de Controle Operacional, além de utilizar guindastes de socorro da Ferrovia Carajás”, ambas vinculadas ao mesmo grupo econômico que a subconcessionária FNS S.A.

218. Tais investimentos foram relacionados como obrigações da subconcessionária nos §§1º e 2º do item 11.1 da Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07 (“Atividades de Construção e Implantação” e “Atividades de Manutenção da Via Permanente e dos Sistemas”).

219. Os descumprimentos de tais dispositivos representavam, em valores atualizados à época, o montante de R\$ 160 milhões que não foram investidos pela FNS S.A. na área de infraestrutura (peça 50, p. 5). Todavia, segundo a Valec, os investimentos que deixaram de ser realizados não se limitaram à área de infraestrutura da ferrovia.

220. A Valec destacou (peça 50, p. 5-6) que apenas parte da frota comercial de locomotivas e da frota comercial de vagões havia sido adquirida e que não haviam sido realizados os investimentos relacionados ao posto de revisão de locomotivas, ao posto de abastecimento de locomotivas, ao posto de revisão de vagões e ao dormitório de equipagens de locomotiva. A obrigação de realizar tais investimentos está incluída no §3º do item 11.1 da Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07 (“Atividades de Operação”).

221. Foi relatado pela Valec (peça 50, p. 7) que do total de 1491 vagões em operação na Ferrovia Norte-Sul, apenas 372 eram de propriedade da FNS S.A. (o restante era de propriedade de empresas privadas que utilizavam a ferrovia). Segundo a Valec, até 2015 a subconcessionária deveria ser proprietária de cerca de 2785 vagões, mas apenas 13% deles haviam sido adquiridos.

222. A Valec prosseguiu informando que das 23 locomotivas em operação na ferrovia, somente 6 eram de propriedade da FNS S.A. Em 2015, de acordo com a Valec, a subconcessionária deveria ser proprietária de cerca de 62 locomotivas, mas somente 10% desse total havia sido adquirido.

223. Somados todos os investimentos que deveriam ter sido feitos na área operacional, a Valec informou (peça 50, p. 9) que a FNS S.A. deixou de investir R\$ 607 milhões, em valores atualizados à época.

224. Vê-se que, de acordo com a Valec, a FNS S.A. descumpriu suas obrigações e deixou de investir valores milionários tanto na área de infraestrutura quanto na área operacional da ferrovia. Mesmo com tais descumprimentos, a Valec relatou que não houve prejuízo para a operação do trecho subconcessionado e para a

circulação de mercadorias, pois a FNS S.A. utilizava-se de instalações e equipamentos de empresas vinculadas ao mesmo grupo econômico.

225. A Valec ressaltou (peça 50, p. 9) que “a obrigação pelos investimentos previstos no contrato de subconcessão não visa apenas a realização dos serviços de transporte ao longo da vigência do contrato, dado que visa, também, a constituição de um patrimônio de bens reversíveis capazes de assegurar a continuidade dos serviços nos mesmo níveis, tanto no caso da finalização do prazo contratual da concessão, como no caso de interrupção dos serviços públicos contratados”.

226. A situação encontrada pela equipe de auditoria, então, foi a de que a FNS S.A. estava se utilizando de instalações, equipamentos, material rodante e sistemas alugados ou de propriedade de clientes ou de empresas de seu grupo econômico, como, por exemplo, as locomotivas da VLI e da Estrada de Ferro Carajás (EFC); os vagões da Mitsui Rail, da Ferrolease, da Bunge e da VLI; o Centro de Controle Operacional da Concessionária Ferrovia Centro Atlântica (FCA); e as oficinas e abastecimento da EFC.

227. Mesmo que algumas dessas empresas estejam no mesmo grupo econômico que a FNS S.A., não se pode considerar que os bens e serviços de propriedade delas estão à disposição da Administração em qualquer das hipóteses de extinção do contrato ou caso haja interrupção dos serviços públicos subconcedidos.

228. Quanto a esse ponto, a equipe de auditoria destacou no Relatório de Fiscalização (peça 55, p. 19-20):

109. Além do que, mesmo que a FNS S.A. venha a fazer esses investimentos de imediato, deve ser considerado que, ao se estudar e avaliar uma operação de concessão, bem como sua modelagem econômico-financeira, há a definição do valor do negócio a ser concedido, o qual é calculado, grosso modo, a partir da composição, no tempo, dos investimentos compromissados e das receitas a serem auferidas durante o período da outorga, ambos referenciados à mesma data, ou seja, considerados em seu valor presente, calculado em função de uma dada taxa interna de retorno (TIR).

110. Como o valor do negócio, e, por conseguinte, da outorga, são determinados em função do valor presente de uma série temporal de valores, o diferimento de qualquer dos valores de investimento envolvidos na modelagem econômico-financeira da concessão por parte da Concessionária, ou da Subconcessionária, tal como ocorre no presente caso, diminui o valor presente dos investimentos feitos a posteriori e tem como efeito direto o desequilíbrio da modelagem da concessão em favor da Subconcessionária, que restará na posse e no gozo de negócio mais valioso, sem que tenha pago integralmente o preço inicial da outorga, resultante da adição do valor ofertado (aproximadamente R\$ 1,4 bilhão) com o valor presente dos investimentos.

229. Concluiu-se, então, que a FNS S.A. havia deixado de efetivar diversos investimentos, em desobediência ao princípio da continuidade da prestação do serviço público. Também foi destacado que a Valec não havia adotado, até aquele momento, as providências necessárias à garantia do integral cumprimento do contrato de subconcessão, motivo pelo qual realizou-se a oitiva da empresa. Foi realizada, ainda, a oitiva da FNS S.A. quanto a tais pontos, considerando que a fiscalização poderia resultar em determinações à Valec tendentes à adoção de providências que poderiam desconstituir atos ou alterar o Contrato 33/07.

230. No que se segue serão apresentadas e analisadas as respostas às oitivas.

II.1.2. Resposta à oitiva da Valec quanto ao tópico “Não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que os investimentos de responsabilidade da FNS S.A. previstos no Contrato 33/07 fossem realizados”

231. Em sua resposta, a Valec esclareceu inicialmente (peça 148, p. 15) que a FNS S.A. realmente não implementou diversos itens da Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07. De acordo com a empresa os valores que deixaram de ser investidos pela FNS S.A. na área de infraestrutura totalizam R\$ 179 milhões (data base junho/2016) e na área operacional totalizam R\$ 679 milhões (data base junho/2016).

232. A Valec informou (peça 148, p. 23) que a subconcessionária foi notificada a respeito de tais descumprimentos por meio de ofício na data de 14/2/2013. Relatou que são realizadas “inspeções técnicas trimestrais na malha subconcedida, visando fiscalizar a qualidade do serviço público de transporte ferroviário de cargas prestado pela FNS S.A., nos aspectos de segurança e condições oferecidas pelas mesmas, bem como a realização das intervenções de manutenção e conservação da via permanente”. Nessas inspeções é verificada a existência de deficiências na via permanente e irregularidades nas operações ferroviárias.

233. Foi informado que também são realizadas “inspeções técnicas semestrais nos polos de carga da FNS Tramo Norte, com o objetivo de fiscalizar, dentre outros itens, o atendimento pela FNS S.A. aos usuários dos serviços de transporte ferroviário e a operação nestes terminais”.

234. Considerando a realização de tais inspeções, a Valec informou (peça 148, p. 23) que, quando verificadas deficiências e irregularidades, são emitidas notificações à subconcessionária. Nos casos em que tais notificações não foram atendidas, a Valec encaminhou “diversas cartas à ANTT, solicitando a aplicação das penalidades regulamentares e contratuais”. A Valec, em seguida, fez uma síntese das irregularidades que foram comunicadas à ANTT (peça 148, p. 23-30).

235. A área jurídica da Valec trouxe em sua resposta (peça 148, p. 12) o item 10.2 do Contrato 33/07, que define que é obrigação da Valec propor à ANTT a aplicação das penalidades regulamentares e contratuais. Tal definição seria “mais uma atipicidade inerente ao contrato administrativo em questão, no qual um dos entes públicos contratantes simplesmente não dispõe de suas prerrogativas contratuais naturais (cláusulas exorbitantes) e não se encontra na posição de superioridade no contexto de relação contratual verticalizada, típica do regime público”.

II.1.3. Resposta à oitiva da FNS S.A. quanto ao tópico “Não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que os investimentos de responsabilidade da FNS S.A. previstos no Contrato 33/07 fossem realizados”

236. A manifestação da FNS S.A. quanto ao presente tópico se inicia com a mesma informando (peça 92, p. 18) que “os descumprimentos contratuais por parte da Valec causaram um substancial impacto no planejamento e estruturação da gestão da via pela FNS, que acabou por receber os trechos de forma inacabada, com diversos passivos ambientais e sem que pudesse operá-los com a capacidade integral”. Tal fato, segundo a empresa, alterou o cenário inicial que havia sido previsto quando da assinatura do contrato e dificultou a realização dos investimentos de sua responsabilidade.

237. De acordo com a subconcessionária (peça 92, p. 19), o Contrato 33/07, ao listar os investimentos de responsabilidade da FNS S.A., buscava, na verdade, que fossem atendidas as metas de produção e segurança. Nessa linha de raciocínio, como a FNS S.A., segundo a própria, cumpriu quase a totalidade das metas de produção e segurança, os investimentos teriam sim sido realizados.

238. A empresa continua informando (peça 92, p. 20) que haviam sido gastos mais de R\$ 133 milhões em investimentos, que compreendiam “a aquisição de locomotivas, a automação de terminais, as reformas em pátios, a ampliação do Pátio de Cravinho, a construção do ramal do TEGRAM, dentre outros”.

239. Concluiu sua manifestação destacando (peça 92, p. 21) que a empresa “mesmo diante dos reiterados descumprimentos contratuais da Valec, cumpriu com sua parte do contrato, realizando pesados investimentos para que fossem atingidas as metas de segurança e produtividade, inclusive alguns que eram obrigação da Valec, motivo pelo qual não há de se falar, também neste ponto, que a FNS descumpriu o contrato de subconcessão”.

II.1.4. Análise das respostas quanto ao tópico “Não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que os investimentos de responsabilidade da FNS S.A. previstos no Contrato 33/07 fossem realizados”

240. De início, cumpre esclarecer que a FNS S.A. se equivoca ao assumir que se as metas de produção e de segurança foram cumpridas, os investimentos podem ser considerados como realizados. As obrigações de investimentos constantes do Contrato 33/07 não visam apenas dar condições para o cumprimento das metas, mas também estruturar a ferrovia de modo a deixá-la completamente operacional.

241. Está-se diante de bens que se reverterão à administração ao final do contrato. Mais ainda, trata-se da prestação de serviço público, cujo regime exige a observância do princípio da continuidade do serviço público. Ainda que a FNS S.A. tenha atingido as metas, como a mesma alega em sua resposta, a prestação do serviço não pode ser interrompida no caso de o Contrato 33/07 vir a se extinguir por qualquer motivo.

242. Contrato 33/07 traz em sua Cláusula Vigésima-Terceira (peça 47, p. 32) a definição de que com a extinção da subconcessão, devem retornar à Valec todos os bens de propriedade da subconcessionária e aqueles resultantes de investimentos por ela efetivados em bens arrendados, por serem necessários à continuidade da prestação do serviço público.

243. O Contrato 33/07 vai ainda mais além, definindo o seguinte (peça 47, p. 18):

11.2 – DAS DEMAIS OBRIGAÇÕES

Sem prejuízo das demais obrigações, constituem também obrigações da SUBCONCESSIONÁRIA:
(...)

X. Promover a reposição de bens e equipamentos vinculados a SUBCONCESSÃO, bem como a aquisição, recuperação ou substituição por outro equivalente de forma a assegurar a prestação de serviço adequado. A utilização de bens na forma de “leasing”, locação ou arrendamento, permissão de uso ou similares, dependerá sempre da prévia concordância da VALEC, que poderá impor

condições com vistas à reversão de tais bens em qualquer hipótese de extinção da SUBCONCESSÃO.

244. Vê-se que não só foi definido que os bens da subconcessão se reverteriam à Valec no caso de extinção do contrato, como também se estabeleceram condições para que bens de terceiros fossem utilizados pela FNS S.A. Segundo o item 11.2 do Contrato 33/07, para que a subconcessionária utilizasse bens em forma de *leasing*, locação, arrendamento, permissão de uso ou similares, deveria haver concordância prévia da Valec.

245. No caso em análise, não foi possível identificar comprovação de que houve autorização da Valec para que fossem utilizadas as estruturas das pessoas jurídicas pertencentes ao grupo econômico da FNS S.A. Além disso, em nenhum momento de sua resposta a subconcessionária esclareceu o motivo de não terem sido realizados todos os investimentos que estavam sob sua responsabilidade, nem mesmo citou que estaria utilizando estruturas pertencentes a pessoas jurídicas alheias ao Contrato 33/07.

246. Apesar de a Valec ter informado que realizou fiscalizações periódicas na subconcessão e que propôs à ANTT a aplicação de sanções à FNS S.A., notou-se que mesmo assim tais medidas não foram capazes de garantir que os investimentos previstos no contrato fossem realizados. Por esse motivo, entende-se que a proposta de encaminhamento formulada pela equipe de auditoria no Relatório de Fiscalização (peça 55) deve ser mantida.

247. Assim, **propõe-se determinar à Valec que, em 30 dias, indique, motivadamente, quais as obras, equipamentos, serviços, etc. são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com o contrato e com as negociações com a ANTT.**

248. Complementarmente **propõe-se, ainda, determinar à Valec que elabore e apresente a esta Corte, em 60 dias, plano de ação que contenha as providências necessárias para que, como gestora do contrato de subconcessão, se efetive a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A, das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07.**

II.2. Não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que as metas de produção e de segurança previstas no Contrato 33/07 fossem alcançadas

II.2.1. Síntese da irregularidade apontada

249. Além de ter sido observado que a FNS S.A. não realizou todos os investimentos que constavam como sua obrigação contratual e que a Valec não adotou medidas que pudessem garantir o cumprimento dessas cláusulas, a equipe de auditoria também destacou que não foram adotadas medidas que pudessem garantir que as metas de produção e de segurança fossem alcançadas pela subconcessionária.

250. A Cláusula Sexta do Contrato 33/07 trata da qualidade do serviço e das metas de produção e de redução de acidentes. De acordo com esse dispositivo, a subconcessionária deve atingir níveis mínimos de produção anual, definindo metas de produção a serem alcançadas. Da mesma forma, também estabelece que a subconcessionária deve obedecer às normas de segurança vigentes para a prestação dos serviços, definindo metas de segurança a serem alcançadas com níveis máximos permitidos de ocorrência de acidentes.

251. Em resposta a ofício de requisição, a ANTT esclareceu, por meio do Ofício 846/2015/DG/ANTT (peça 22), pontos relevantes sobre o processo de pactuação e apuração das metas de produção e segurança.

252. Segundo a Agência (peça 22, p. 3), até o ano de 2011 as metas de produção e segurança vinham sendo pactuadas entre as concessionárias/subconcessionárias e o poder concedente e apuradas de forma global, ou seja, com valores únicos para toda a concessão. Porém, a partir de 2012, após a publicação da Resolução-ANTT 3.696/2011, mudanças foram feitas nos procedimentos de apuração das metas.

253. As metas de produção passaram a ser pactuadas e apuradas por trecho e passou-se a adotar uma tolerância de 10% para fins de apuração. Assim, segundo a ANTT as metas de produção passaram a ser consideradas atendidas quando em 90% ou mais dos trechos a meta tivesse sido atingida. Já as metas de segurança continuaram sendo pactuadas e apuradas de forma global, com valores únicos para toda a concessão, mas também passou-se a utilizar limite de 10% de tolerância.

254. Tendo em vista tais definições, a ANTT encaminhou o histórico de cumprimento das metas de produção e de segurança do Contrato 33/07 (peça 22, p. 4-5). No Relatório de Auditoria foram elaboradas tabelas contendo as metas inicialmente pactuadas e o documento que deu origem a elas, bem como eventuais justificativas oferecidas pela FNS S.A. para não cumprimento e medidas adotadas pela ANTT nesses casos:

Tabela 3 – Histórico das Metas de Produção da subconcessão – FNS S.A

META DE PRODUÇÃO GLOBAL

Ano	Contrato/ Resolução	Meta de produção Estipulada (TKU* ou trecho)	Meta de Produção Atingida pela FNS S.A. (TKU* ou trecho)	Status: Cumprida / Não Cumprida	Síntese das Justificativas da FNS S.A. para o descumprimento	Síntese das Medidas adotadas pela ANTT ante o descumprimento
2008	Contrato de Subconcessão	1,8	1,02	Não Cumprida	Trechos não entregues pela Valec; Aumento de chuva, prejudicando a colheita de grãos; Restrição de velocidade em alguns trechos.	Justificativas acatadas; Deliberação 40/2010 - Não aplicar penalidade à FNS S.A. pelo não atingimento das Metas de Produção e de Redução de Acidentes
2009	Res. 3.326/09	1,1	1,15	Cumprida		
2010	Res. 3.326/09	1,8	1,52	Não Cumprida	Trechos entregues pela Valec após a data prevista e com velocidade bem abaixo do previsto; Falta de capacitação rodoviária para integração das áreas produtivas e terminais de armazenamento; Atraso da construção do Tegram; Crise mundial.	Justificativas acatadas; Resolução ANTT 3.710/2011 - Acolhe as justificativas apresentadas pela FNS S.A. para o não atendimento da meta contratual de produção
2011	Res. 3.667/11	1,75	1,86	Cumprida		
2012	Res. 3.842/12	5	4	Não Cumprida	Barreira fiscal em Porto Franco/MA - atraso na entrega de material rodante; Ocorrência de acidente na ponte ferroviária sobre o Rio Mearim - EFC; Mudança de estratégia por parte do cliente	Aplicação de penalidade de advertência; Notificação de Penalidade de Advertência 06/14/GEROF/SUFE R/ANTT por meio do Ofício 289/2014
2013	Res. 4.133/13	6	3	Não Cumprida	Quebra de produção decorrente de fatores conjunturais provocados pelos clientes e fora do controle da concessionária; Modificação estrutural da demanda; e Caso de força maior.	Aplicação de penalidade de multa; Defesa não acatada; NPM 1/15, enviada em 24/2/15; Processo sobrestado desde o dia 4/3/15 em função da necessidade de alteração da Resolução ANTT 288/2003.

META DE PRODUÇÃO GLOBAL						
Ano	Contrato/ Resolução	Meta de produção Estipulada (TKU* ou trecho)	Meta de Produção Atingida pela FNS S.A. (TKU* ou trecho)	Status: Cumprida / Não Cumprida	Síntese das Justificativas da FNS S.A. para o descumprimento	Síntese das Medidas adotadas pela ANTT ante o descumprimento
2014	Res. 4.538/14	6	7	Cumprida		

Fonte: ANTT (peça 22).

* TKU = tonelada por quilômetro útil x 1.000.000.000 (1 bilhão)

Tabela 4 – Histórico das Metas de Segurança da subconcessão – FNS S.A.

METAS DE SEGURANÇA						
Ano	Contrato / Resolução- ANTT	Meta de Segurança Estipulada	Meta de Seguranç a Atingida pela FNS S.A.	Status: Cumprida / Não Cumprida	Síntese das Justificativas da FNS S.A. para o descumprimento	Síntese das Medidas adotadas pela ANTT ante o descumpriment o
2008	Contrato	12,2	14,07	Não Cumprida	I) Não deveria ser considerado a rodagem na Malha (em milhões de trem.km) do trecho Porto Franco/MA - Palmas/TO, ainda em construção pela Valec. Tal consideração elevou o índice estabelecido inicialmente. II) Perspectiva de aumento da taxa de ocupação e crescimento populacional nos novos trechos: Araguaína/TO – Guaraí/TO e Guaraí/TO-Palmas/TO.	Justificativas acatadas; Deliberação 40/2010 – Não aplicar penalidade à FNS S.A. pelo não atingimento das Metas de Produção e de Redução de Acidentes
2009	Res. 3.326/09	14,00	2,71	Cumprida		
2010	Res. 3.326/09	14,00	8,13	Cumprida		
2011	Res. 3.667/11	17,00	15,38	Cumprida		
2012	Res. 3.842/12	16,5	7,94	Cumprida		
2013	Res. 4.133/13	16,76	9,85	Cumprida		

2014	Res. 4.133/13	16,43	18,58	Não cumprida	Processo não instaurado em virtude da revisão em curso da Resolução-ANTT 3.696/2011
------	---------------	-------	-------	--------------	---

Fonte: ANTT (peça 22).

255. No Relatório de Auditoria foi destacado que mesmo com as recorrentes repactuações diminuindo as metas que deveriam ser cumpridas pela subconcessionária, até aquele momento somente uma advertência tinha sido aplicada à FNS S.A., em decorrência do descumprimento da meta de produção do exercício de 2012.

256. No exercício de 2014, ao se apurar o cumprimento da meta de produção foi proposta a aplicação de penalidade de multa. Todavia, o processo encontrava-se sobrestado em virtude da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, pois tal normativo não possui a fórmula de cálculo da penalidade em um cenário de apuração de metas por trecho.

257. Devido à revisão desse normativo, segundo a ANTT também não havia sido instaurado processo para apurar o descumprimento da meta de segurança no exercício de 2014. A equipe de auditoria destacou, por esses motivos, que a conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011 é fundamental para que a Agência possa penalizar eventuais descumprimentos e incentivar que as metas sejam cumpridas.

258. Diante disso, foi realizada oitiva da ANTT e da FNS S.A. para que se manifestassem sobre o descumprimento das obrigações da subconcessionária no que se refere ao atingimento das metas de produção e de redução de acidentes.

II.2.2. Resposta à oitiva da ANTT quanto ao tópico “Não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que as metas de produção e de segurança previstas no Contrato 33/07 fossem alcançadas”

259. No Ofício 483/DG/ANTT/2016 a Agência confirmou as informações sobre os descumprimentos por ela repassados na resposta a ofício de requisição enviado na execução da auditoria. Em síntese, a Agência esclareceu (peça 84, p. 3) que para os exercícios de 2008 e 2010, nos quais as metas de produção foram descumpridas pela FNS S.A., houve justificativa acatada para o descumprimento. Já no exercício de 2012 a Agência confirmou que somente foi aplicada advertência e que em 2013, o processo que culminaria na aplicação de multa foi sobrestado.

260. Para as metas de segurança, a ANTT informou que foi constatado descumprimento em 2008 e 2014. Para o exercício de 2008 as justificativas para o descumprimento foram acatadas e para 2014, o processo não foi instaurado em função do andamento do processo de revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011.

261. Quanto à situação da revisão desse normativo, a ANTT informou (peça 84, p. 4) que “o tema é objeto de alta priorização” e que estava “contido na versão original da Agenda Regulatória da ANTT, biênio 2015-2016”.

262. Tendo em vista o tempo decorrido desde a última resposta da ANTT com relação a esse assunto, antes da conclusão da presente instrução foi realizada nova diligência à Agência para buscar informações atualizadas sobre o processo de revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011.

263. Em resposta, a ANTT encaminhou o Ofício 236/2017/GAB/ANTT (peça 133). Nele foi informado que o processo de revisão do normativo encontrava-se na fase de realização de audiência pública, que se daria até o dia 29/12/2017. Após essa fase, as etapas posteriores consistiriam na elaboração de relatório final e no encaminhamento à Diretoria Colegiada para aprovação. O prazo para conclusão dos trâmites, segundo a própria ANTT, seria de 75 dias a contar do encerramento da audiência pública.

II.2.3. Resposta à oitiva da FNS S.A. quanto ao tópico “Não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que as metas de produção e de segurança previstas no Contrato 33/07 fossem alcançadas”

264. A FNS S.A. tratou do assunto ao afirmar (peça 92, p. 15) que “no que diz respeito ao atingimento de metas anuais de produção e de redução de acidentes, a própria ANTT já se manifestou nesses autos entendendo não haver inadimplemento da FNS”.

265. A subconcessionária colacionou trechos de manifestações da ANTT que, segundo a empresa, demonstravam que o não cumprimento das metas para os anos de 2008 e 2010 “decorria em grande parte do descumprimento contratual da Valec, que entregou os trechos em péssimas condições, impossibilitando, com isso, que fossem operados em sua capacidade total”.

266. De acordo com a FNS S.A. (peça 92, p. 17), “a ANTT expediu a Deliberação 40/2010 e a Resolução 3.710/2011, nas quais reconheceu e acatou os argumentos apresentados pela FNS, deixando de aplicar qualquer tipo de penalidade para os descumprimentos das metas de produção referentes aos anos de 2008 e 2010”. Prosseguiu dizendo que para os anos de 2012 e 2013, foi instaurado processo administrativo no qual foram aplicadas as penalidades de advertência e multa e que em relação a esses descumprimentos, “a ANTT informou que a FNS não deve ser considerada como inadimplente para efeitos de investigação no TCU”.

267. Com relação ao descumprimento das metas de segurança em 2008, a FNS S.A. informou que as justificativas por ela apresentadas foram acatadas pela ANTT e que a Agência “não aplicou qualquer tipo de sanção”. Já o descumprimento das metas de segurança em 2014, de acordo com a subconcessionária, “não foi objeto de processo administrativo perante a ANTT em função do andamento do processo de revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011”.

II.2.4. Análise das respostas quanto ao tópico “Não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que as metas de produção e de segurança previstas no Contrato 33/07 fossem alcançadas”

268. Como pode ser visto, a ANTT reconhece que houve descumprimento de metas de produção e de metas de segurança. A FNS S.A., em sua resposta à oitiva, não descaracterizou tais descumprimentos, inclusive assumindo que um processo administrativo não foi instaurado por estar em andamento o processo de revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011.

269. Conforme destacado pela equipe de auditoria, a revisão desse normativo é fundamental para que haja a devida penalização da FNS S.A. O Contrato 33/07 define em seu tópico 20.2 que a inadimplência reiterada no cumprimento das metas pactuadas, decorrente de negligência constatada pela Valec ou pela ANTT, pode ensejar até mesmo a abertura de processo de caducidade da subconcessão. Assim, torna-se essencial que a Agência disponha de mecanismos para monitorar essa situação.

270. Mesmo que a ANTT tenha informado que a revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011 seria concluída em aproximadamente 75 dias após o encerramento da etapa de realização da audiência pública, ainda não foram concluídos os trâmites internos para a publicação do normativo revisado. Além disso, desde pelo menos o ano de 2015 está em andamento tal processo de revisão. Por isso, mostra-se relevante que este Tribunal possua mecanismos para monitorar a evolução de tal procedimento.

271. **Propõe-se, então, determinar à ANTT que apresente ao TCU plano de ação, no prazo de 30 dias, dotado das medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionada às metas de desempenho, bem como que encaminhe, oportunamente, a este Tribunal, a referida resolução, em sua versão final.**

CONCLUSÃO

272. Trata-se de Auditoria de Conformidade realizada na ANTT e na Valec, com o objetivo de avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos seguintes atos, atinentes à subconcessão de trecho da ferrovia EF-151, concedido pela União à Valec e, mais tarde, subconcedido à FNS S.A., empresa controlada pela *holding* de logística Valor da Logística Integrada (VLI): indenizações por passivos ambientais; multas aplicadas à Valec por descumprimento do Contrato de Subconcessão 33/07; e cumprimento das obrigações da FNS S.A., além de outras questões relacionadas.

273. Na execução da auditoria constatou-se que as multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos são irregulares. De modo a elucidar o assunto, foi realizada oitiva tanto da subconcessionária quanto da Valec para que se manifestassem sobre tais sanções. Todavia, as respostas a tais oitivas não descaracterizam as irregularidades identificadas.

274. As multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas em instrumentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador e não foi feita alteração do Contrato 33/07. Para os trechos I-A e II da ferrovia, as multas foram definidas em “termos de entrega e recebimento”, que não obedeceram os trâmites necessários a um instrumento de alteração contratual e que não foram assinados por quem possuía competência para tanto.

275. Já para o trecho III da ferrovia, onde também foi definida nova multa, o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, apesar de ter obedecido os trâmites cabíveis, não alterou a cláusula penal do contrato original. O fato gerador da multa estipulada inicialmente no contrato era o “atraso na entrega de trechos” e não o “atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos”. Ficou demonstrado que as sanções foram estipuladas em desobediência ao princípio da legalidade e com vício de forma e de competência. Apesar de os termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II terem sido “ratificados” posteriormente pelo Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, não foi identificada qualquer motivação para a tentativa de convalidação dos citados vícios de forma e de competência.

276. Além de tais vícios, também restou comprovado que as multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais. Da forma como as sanções foram definidas, a Valec está sujeita à aplicação de multa caso qualquer passivo não seja solucionado, por menos relevante que seja.

277. Ainda que a subconcessionária opere os trilhos e obtenha receita, se qualquer passivo ainda subsista a Valec deve ressarcir a FNS S.A. A desproporcionalidade fica latente ao se verificar que os trilhos estão de fato sendo operados e mesmo assim a Valec está sendo instada a pagar valores milionários. Considerando que se trata de uma multa cujo objetivo é compensar a subconcessionária por lucros cessantes, entende-se que houve desfiguração do objetivo da multa e desobediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

278. Também restou comprovado que o princípio da motivação não foi observado quando da assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07. Mesmo contendo novas obrigações e estipulando sanções à Valec, não foram identificadas análises quanto aos aspectos técnicos e jurídicos dos documentos. A redação das cláusulas que definiram as multas foi proposta pela própria FNS S.A., tendo havido discordância por parte da área técnica e da área jurídica da Valec. Todavia, o documento foi assinado pelas instâncias superiores da empresa com a cláusula exatamente como havia proposto a subconcessionária. Não há qualquer registro que comprove a motivação que levou a Valec a assinar documento que contava com expressa discordância das áreas técnica e jurídica.

279. Por todos esses motivos, propôs-se assinar prazo para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999).

280. Já com relação à multa por atraso na entrega de trechos, comprovou-se que tal sanção foi regularmente definida em contrato, mas que sua cobrança está sendo feita de forma irregular. Mesmo tendo assinado documentos que formalizaram a entrega dos trechos, a FNS S.A. entende que até o momento nenhum dos trechos foi entregue e que a Valec deve pagar multa por atraso na entrega. Ficou comprovado, entretanto, que houve sim a entrega e que a multa está sendo cobradas em valores equivocados.

281. Além disso, tal multa tem a finalidade de compensar financeiramente a subconcessionária em virtude de lucros que ela deixou de auferir graças à morosidade da subconcedente. Contudo, a FNS S.A., ao mesmo tempo em que auferiu receita ao explorar os trechos da ferrovia, alega que ela deve ser compensada por lucros cessantes através da aplicação da multa em seu valor integral.

282. Tendo em vista a indefinição com relação ao valor que é realmente devido pela Valec, propôs-se determinar à empresa que se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos até que a subconcessionária encaminhe memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os valores utilizados para a definição do valor devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória de cálculo.

283. Considerando também a relevância dos valores envolvidos, propôs-se determinar à Valec que encaminhe, em até 30 dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.

284. O outro achado de auditoria diz respeito ao descumprimento de obrigações contratuais por parte da FNS S.A. Com relação aos investimentos que eram obrigação da subconcessionária, demonstrou-se que valores milionários deixaram de ser realizados e que bens que deveriam ser reversíveis em caso de extinção da concessão eram de propriedade de terceiros.

285. Foi proposto que se determinasse à Valec que, em 30 dias, indique, motivadamente, quais as obras, equipamentos, serviços, etc. são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com o contrato e com as negociações com a ANTT. Ademais, propôs-se determinar à Valec que elabore e apresente a esta Corte, em 60 dias, plano de ação que contenha as providências necessárias para que, como gestora do contrato de subconcessão, se efetive a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A, das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07.

286. Já quanto às metas de produção e de segurança, verificou-se que em alguns dos anos de vigência contratual houve descumprimento por parte da FNS S.A. Todavia, a subconcessionária não havia sido penalizada por estar em andamento o processo de revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011.

287. Considerando que essa revisão está sendo feita desde pelo menos o ano de 2015 e que é fundamental que a ANTT possua mecanismos para exercer suas competências legais, entendeu-se pertinente determinar à ANTT que apresente ao TCU plano de ação, no prazo de 30 dias, dotado das medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionada às metas de desempenho, bem como encaminhe, oportunamente, a este Tribunal, a referida resolução, em sua versão final.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

I – fixar prazo de até 15 dias, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999);

II – determinar à Valec, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU:

a) que se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos da Ferrovia Norte Sul até que a subconcessionária encaminhe memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os valores utilizados para a definição do valor devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória de cálculo;

b) que encaminhe, em até 30 dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.;

c) que, em 30 dias, indique, motivadamente, quais as obras, equipamentos, serviços, etc. são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com o Contrato 33/07 e com as negociações com a ANTT;

d) que apresente plano de ação, no prazo de 60 dias, que contenha as providências necessárias para que, como gestora do contrato de subconcessão, se efetive a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A, das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/07.

III – determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU que apresente plano de ação, no prazo de 30 dias, dotado das medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionada às metas de desempenho, bem como que encaminhe, oportunamente, a este Tribunal, a referida resolução, em sua versão final;

IV – que seja autorizada, com fundamento no art. 250, inciso V, §6º, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 43 da Resolução TCU 259/2014, a autuação de processo apartado para apurar as responsabilidades pelas irregularidades na assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II da Ferrovia Norte Sul e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07;

V – dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à ANTT, à Valec e à FNS S.A., destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos para V. Sas.;

VI – arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal. [...]”.

É o Relatório.

VOTO

Aprecia-se nesta oportunidade Relatório de Auditoria de Conformidade realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec), em cumprimento ao Despacho do Ministro Augusto Nardes, de 17/6/2015 (Peça 3 do TC 011.566/2015-9), com o objetivo de avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos atinentes à subconcessão de trecho da ferrovia EF-151, concedido pela União à Valec e, mais tarde, subconcedido à FNS S.A., empresa controlada pela **holding** de logística Valor da Logística Integrada (VLI).

2. As questões de auditoria elaboradas pela equipe para orientar os trabalhos e atingir o objetivo proposto foram as seguintes:

2.1. “As sanções e as responsabilidades objetos de disputa administrativa, decorrentes das obrigações contratuais descumpridas pela Valec, estão sendo devidamente consideradas e avaliadas pela própria Valec para fins de resolução do conflito?”; e

2.2. “As obrigações contratuais descumpridas pela FNS S.A. foram devidamente identificadas, consideradas e sancionadas pela Valec e pela ANTT no âmbito do processo de subconcessão?”.

I – Histórico sintético

3. Em 8/6/2006, foi assinado contrato de concessão entre a União, por intermédio da ANTT (concedente), e a Valec (cessionária) para a construção, exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de cargas e de passageiros na FNS S.A., pelo prazo de 50 anos, com fundamento, entre outros, na Lei 10.233/2001, no Decreto 94.813/1987, na Resolução CND 3/2006 e na Lei 8.987/1995.

4. O art. 50 da Lei 10.233/2001 estabelece que as empresas que, na data da instalação da ANTT ou da ANTAQ, fossem detentoras de outorgas expedidas por entidades públicas federais do setor dos transportes, teriam, por meio de novos instrumentos de outorga, seus direitos ratificados e adaptados. O contrato estabelece a concessão de 2.200 km entre os municípios de Belém (PA) a Senador Canedo-TO. A cláusula primeira, § 5º, do contrato de concessão estabelece que, observado o disposto no art. 26 da Lei 8.987/1995 (Lei das concessões), a concessionária poderá efetuar a subconcessão de trechos da ferrovia concedida, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. Nesse sentido, a ANTT autorizou a subconcessão, por meio da Deliberação 142, de 25/5/2006 (fl. 88 do Anexo 20 do TC- TC-022.096/2005-9).

5. O Tribunal apreciou, por meio dos Acórdãos 102/2007, 2629/2007 e 400/2009 - TCU – Plenário (TC-022.096/2005-9), o processo de outorga de subconcessão da administração e exploração de serviço público de transporte, com arrendamento, relativo ao trecho da Ferrovia Norte-Sul – FNS S.A., entre Açailândia-MA e Palmas-TO, com extensão de 720km.

6. No Acórdão 102/2007, foi apreciada análise da documentação alusiva aos 1º e 2º estágios a que se refere à IN-TCU 27/1998, sendo identificadas inconsistências nos estudos de viabilidade e falhas no edital licitatório e na minuta do contrato. Foi autorizada a continuidade do processo de outorga, condicionada à correção das inconsistências e falhas detectadas nos referidos documentos. Foram efetivadas determinações e ciência a diversos órgãos e entidades.

7. Por meio do Acórdão 2629/2007-TCU-Plenário, o Tribunal apreciou o saneamento das inconsistências e impropriedades verificadas por meio do Acórdão 102/2007-Plenário e entendeu que houve parcial cumprimento. Promoveu a revisão de ofício da deliberação. Aprovou, com ressalvas, o primeiro estágio da subconcessão.

8. Já o Acórdão 400/2009 - TCU – Plenário, apreciou análise conjunta do segundo, terceiro e quarto estágios da outorga de concessão, aprovando com ressalva o procedimento.

9. No que tange à execução contratual de subconcessão, cabe consignar que a origem da presente auditoria é uma Representação da então SeinfraHidroferrovias, (Peça 1, p. 2 do TC-

011.566/2015-9) em que noticia que administração da Valec (Consad) teria aprovado adoção de procedimento arbitral para definir o valor da multa e das indenizações decorrentes do descumprimento de cláusulas do Contrato de Subconcessão 33/2007, bem como dos aditivos e atos decorrentes, firmados entre a Valec e a FNS S.A.

10. Registra que o valor da multa em discussão (ônus para a Valec) variava entre R\$ 76 milhões, conforme estimativa da própria Valec, e R\$ 580 milhões, conforme estimativa da FNS S.A., o que demonstraria o risco em face do montante debatido no procedimento arbitral.

11. Além dessas informações obtidas pela equipe de fiscalização no âmbito do TC 024.654/2014-0 (acompanhamento dos atos do Consad/Valec), obteve-se a informação verbal do Presidente da Valec de que a estatal deveria pagar ainda cerca de R\$ 800 milhões a título de indenizações à FNS S.A. em vista de problemas na ferrovia e problemas ambientais (informação que deveria ser confirmada pela auditoria a ser realizada).

12. Além das incertezas quanto aos valores da multa e da indenização, menciona indefinições quanto à própria responsabilidade pelos problemas da ferrovia, se oriundos de vícios de construção ocasionados pela própria Valec ou pela falta de manutenção devida por parte da FNS S.A.

13. Por outro lado, a unidade técnica frisou, na oportunidade, que em 2013 a FNS ainda não havia cumprido sequer as metas estabelecidas para 2010, dado que, dentre os 5,1 bilhões de TKU (toneladas transportadas por quilômetro útil), a FNS S.A. alcançou em 2013 apenas 2,47 bilhões de TKU. Mesmo diante desse descumprimento das metas (cláusulas contratuais) por parte da FNS S.A., a Valec não lhe havia aplicado sanções nem quantificado o correspondente valor devido pela concessionária.

II- Mérito

14. Feitos esses registros iniciais, passo, agora, a tratar dos achados da auditoria.

15. Na execução da auditoria, foram constatados indícios de irregularidades que resultaram na identificação de dois achados, quais sejam: multas que vêm sendo irregularmente cobradas da Valec, pela FNS S.A., e descumprimento de diversas obrigações contratuais pela subconcessionária FNS S.A.

16. No Relatório à Peça 55, os auditores registraram, em relação à aplicação de sanções à Valec, que a estatal está sendo instada a pagar multas à subconcessionária cujas fontes e critérios de cálculo revelam-se inapropriados. Constataram que os dirigentes da empresa aceitaram assinar termos de entrega e recebimento e termo aditivo que serviram à criação de condições e de penalidades desfavoráveis ao interesse público e aos cofres da Valec, com flagrante desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. As multas são as seguintes:

i) multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos consideradas irregulares, por terem sido definidas em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador e por não ter sido alterado o Contrato 33/2007; por terem sido definidas com base em método e base de cálculo desproporcionais; e por terem sido estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação;

ii) multas por atraso na entrega de trechos em desacordo com o Contrato 33/2007.

17. A fiscalização constatou, também, que obrigações do Contrato de Subconcessão 033/2007 da Valec estão sendo descumpridas pela subconcessionária FNS S.A., tais como aquisição e construção de bens reversíveis e investimentos. Essas obrigações constam da cláusula décima primeira do Contrato de Subconcessão, as quais se constituem basicamente na necessidade de investimentos em material rodante e na via permanente e na aquisição de sistema de telecomunicação, em controle e licenciamento, em construção de oficina e de prédio administrativo, em aquisição de trem de socorro, entre outras.

18. A concordância dos dirigentes da Valec em assinar os documentos mencionados levou a equipe de auditoria a concluir pela necessidade de ouvir os gestores em audiência para que apresentassem razões de justificativa para o ato antieconômico praticado.

19. De acordo com os cálculos realizados pela Diretoria de Operações da Valec (Peça 50), estima-se que a FNS S.A. deixou de investir aproximadamente R\$ 470 milhões (data-base de julho de 2007) na área operacional e de infraestrutura da ferrovia.

20. A equipe de auditoria assegurou, ainda, que, mesmo que a FNS S.A. venha a fazer esses investimentos de imediato, deve ser considerado que o diferimento de qualquer dos investimentos compromissados com a continuidade dos serviços por parte da subconcessionária tem como efeito direto o desequilíbrio da modelagem da concessão em desfavor da Administração, não restando dúvidas de que o valor do negócio foi afetado em favor da subconcessionária, que restará na posse e no gozo de negócio mais valioso, sem que tenha pagado integralmente o preço inicial da outorga, resultante da adição do valor ofertado com o valor presente dos investimentos compromissados.

21. Além das obrigações relativas aos investimentos, foi constatado o descumprimento da Cláusula Sexta do Contrato de Subconcessão, relativa às metas de produção e segurança da ferrovia, sem que fossem adotadas, paralelamente, medidas efetivas pelos órgãos responsáveis, Valec e ANTT.

22. A referida cláusula estabelece que a subconcessionária deverá atingir níveis mínimos de produção anual, definindo metas de produção a serem alcançadas. Da mesma forma, ela também estabelece que a subconcessionária obedeça às normas de segurança vigentes para a prestação dos serviços, definindo metas de segurança a serem alcançadas com níveis máximos permitidos de ocorrência de acidentes, medidas pelo índice correspondente ao número de acidentes/milhão de trens x quilômetro.

23. Em razão desses achados, foram propostas, em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, as oitivas prévias da ANTT, da Valec e da Concessionária FNS S.A., bem como a audiência dos responsáveis, diante da iminência de o TCU adotar decisão no sentido de exigir da Valec providências quanto ao descumprimento pela subconcessionária FNS S.A., das obrigações elencadas nas Cláusulas Sexta e Décima-Primeira do Contrato de Subconcessão 33/2007 da Valec, e da supressão de cláusulas penais dos termos de entrega e recebimento e do termo aditivo da subconcessão.

24. No presente momento, analisam-se as respostas às oitivas e audiências determinadas pelo Ministro Relator Raimundo Carreiro, no Despacho à Peça 60.

25. A análise efetivada pela SeinfraPortoFerrovia concluiu que as respostas às oitivas não descaracterizam as irregularidades identificadas.

26. Segundo a unidade, as multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas em instrumentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador e sem que tivesse havido alteração do Contrato 33/2007. Para os trechos I-A e II da ferrovia, as multas foram definidas em “termos de entrega e recebimento”, que não obedeceram aos trâmites necessários a um instrumento de alteração contratual e que não foram assinados por quem possuía competência para tanto.

27. Já para o trecho III da ferrovia, onde também foi definida multa por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos, o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007, apesar de ter obedecido aos trâmites cabíveis, não alterou a cláusula penal do contrato original. O fato gerador da multa estipulada inicialmente no contrato era o “atraso na entrega de trechos” e não o “atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos”. Ficou demonstrado que as sanções foram estipuladas em desobediência ao princípio da legalidade e com vício de forma e de competência. Apesar de os termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II terem sido “ratificados” posteriormente pelo Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/20, não foi identificada qualquer motivação para a tentativa de convalidação dos citados vícios de forma e de competência.

28. Além da irregularidade dos atos administrativos, também restou comprovado que as multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos foram definidas com fundamento em método e base de cálculo desproporcional. Da forma como as sanções foram definidas, a Valec está sujeita à aplicação de multa, em seu valor cheio, caso qualquer passivo não seja solucionado, por menos relevante que seja.

29. Nos termos em que se deram as apenações, ainda que a subconcessionária opere os trilhos e obtenha receita, se qualquer passivo ainda subsista, a Valec deve ressarcir a FNS S.A. A desproporcionalidade fica latente ao se verificar que os trilhos estão de fato sendo operados e mesmo assim a Valec está sendo instada a pagar valores milionários. Considerando que se trata de uma multa que objetiva compensar a subconcessionária por lucros cessantes, entende a unidade técnica que houve desfiguração do objetivo da multa e desobediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

30. Também restou comprovado que o princípio da motivação não foi observado por ocasião da assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007. Mesmo contendo novas obrigações e estipulando sanções à Valec, não foram identificadas análises quanto aos aspectos técnicos e jurídicos dos documentos. A redação das cláusulas que definiram as multas foi proposta pela própria FNS S.A., tendo havido discordância por parte da área técnica e da área jurídica da Valec. Todavia, o documento foi assinado pelas instâncias superiores da empresa com a cláusula redigida exatamente como havia proposto a subconcessionária. Não há qualquer registro que comprove a motivação que levou a Valec a assinar documento que contava com expressa discordância das áreas técnica e jurídica.

31. Em razão dos fatos apontados, a SeinfraPortoFerrovia propôs assinar prazo para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e § 1º, da Lei 9.784/1999).

32. Já com relação à multa por atraso na entrega de trechos, entende a unidade instrutiva que restou comprovado que tal sanção foi regularmente definida em contrato, mas que sua cobrança está sendo feita de forma irregular. Mesmo tendo assinado documentos que formalizaram a entrega dos trechos, a FNS S.A. quer fazer crer que até o momento nenhum dos trechos foi entregue e que a Valec deve pagar multa por atraso na entrega. Ficou comprovado, entretanto, que houve, sim, a entrega e que a multa está sendo cobrada em valores equivocados.

33. Além disso, tal multa tem a finalidade de compensar financeiramente a subconcessionária em virtude de lucros que ela deixou de auferir graças à morosidade da subconcedente. Contudo, a FNS S.A., ao mesmo tempo que auferiu receita ao explorar os trechos da ferrovia, alega que ela deve ser compensada por lucros cessantes por meio da aplicação da multa em seu valor integral.

34. Tendo em vista a indefinição com relação ao valor que é realmente devido pela Valec, a unidade técnica propôs determinar à empresa que se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos até que a subconcessionária encaminhe memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os critérios utilizados para a definição do valor devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória de cálculo.

35. Considerando, também, a relevância dos valores envolvidos, sugere que seja determinado à Valec que encaminhe, em até 30 (trinta) dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.

36. No que tange ao achado de auditoria apontando descumprimento de obrigações contratuais por parte da FNS S.A., a unidade técnica assegura, em relação aos investimentos que eram obrigação da subconcessionária, que valores milionários deixaram de ser realizados e que bens que deveriam ser reversíveis em caso de extinção da concessão eram de propriedade de terceiros.

37. Assim, propõe que seja determinado à Valec que, em 30 (trinta) dias, indique, motivadamente, quais obras, equipamentos, serviços etc. são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com

o contrato e com as negociações com a ANTT. Ademais, propõe determinar à Valec que elabore e apresente a esta Corte, em 60 (sessenta) dias, plano de ação que contenha as providências necessárias para que, como gestora do Contrato de Subconcessão, efetive-se a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A; das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/2007.

38. Quanto às metas de produção e de segurança, a unidade técnica verificou que em alguns dos anos de vigência contratual houve descumprimento por parte da FNS S.A. Todavia, a subconcessionária não havia sido penalizada por estar em andamento o processo de revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011.

39. Desse modo, considerando que essa revisão está sendo feita desde pelo menos o ano de 2015 e que é fundamental que a ANTT possua mecanismos para exercer suas competências legais, entendeu-se pertinente determinar à ANTT que apresente ao TCU plano de ação, no prazo de 30 (trinta) dias, dotado das medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionadas às metas de desempenho, bem como encaminhe, oportunamente, a este Tribunal, a referida Resolução, em sua versão final.

40. Quanto ao mérito, manifesto minha integral concordância com a análise e as propostas formuladas pela unidade técnica que, por percucientes, incorporo às minhas razões, sem prejuízo das considerações a seguir aduzidas.

III – Da jurisdição e da legalidade das multas aplicadas pela FNS S.A.

41. Entendo relevante esclarecer, inicialmente, que este Tribunal não está invadindo a jurisdição da Agência Reguladora que detém a competência de regular e de acompanhar a execução dos contratos de concessão. Está cumprindo a sua competência constitucional de apreciar a legalidade dos atos e contatos administrativos.

42. Como visto no Relatório precedente, as multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos e multas por atraso na entrega de trechos são, de fato, irregulares, por terem sido definidas em documentos que não são hábeis para criar novo fato gerador e por não ter sido alterado o Contrato 33/2007.

43. Conforme bem colocado pela SinfraPortoFerrovia, a FNS S.A. está cobrando multas da Valec no valor total de R\$ 583 milhões (valor atualizado até novembro de 2013, com base no IGP-DI), tendo por fatos geradores o atraso na entrega de trechos por parte da Valec e a omissão estatal no dever de corrigir passivos ambientais e construtivos identificados em trechos da ferrovia. O primeiro fato gerador (atraso na entrega de trechos pela Valec) foi definido no Contrato 33/2007. O segundo, porém, (omissão no dever de corrigir passivos ambientais e construtivos), foi estabelecido em dois termos de entrega e recebimento de trechos (trechos I-A e II), assinados pela Valec e pela FNS S.A., documentos utilizados pela FNS S.A. para estabelecer que o atraso da Valec na solução dos passivos ambientais e construtivos a sujeitariam à penalidade constante na Cláusula Vigésima do Contrato 33/2007 (Peças 32-45).

44. Todavia, conforme registra a unidade técnica, o fato gerador dessa multa está previsto na cláusula vigésima do contrato e diz respeito tão somente ao “atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga”. Tais documentos não teriam o poder de alterar o contrato original. Na verdade, foi utilizado para criar nova sanção à Valec. Empregou-se como base uma multa que poderia ser aplicada em caso de atraso na entrega de trechos para criar a possibilidade de apenação da estatal por outros fatos geradores.

45. A Lei 8.987/1995, norma basilar da relação entre a concedente e a concessionária, estabelece que as sanções devam ter previsão contratual. O art. 23 desse normativo estabelece que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as disposições relativas às penalidades contratuais a que se sujeita a concessionária, bem como a sua forma de aplicação. Sendo assim, é possível afirmar que a definição de novo fato gerador para a multa, prevista na Cláusula Vigésima do Contrato 33/2007, deu-se de forma ilegal, já que não cumpriu esse dispositivo.

46. Não podem ser acolhidos os argumentos da FNS S.A. de que as multas aplicadas à Valec se encontram previstas em instrumentos assinados pelos representantes das partes com amplos poderes para instituí-las. Ao contrário do que afirma a subconcessionária, a competência de “autorizar a realização de acordos, contratos e convênios que constituam ônus, obrigações ou compromissos para a Valec”, é atribuição da Diretoria Executiva, em regime de Colegiado, conforme art. 30 do seu Estatuto (Lei 11.772/2008). Assim, o argumento de que as assinaturas do Diretor-Presidente e de apenas um dos diretores da Valec foram suficientes para autorizar que a empresa assumisse novos compromissos não merece prosperar. Há vício de competência caracterizado. De fato, não podem apenas dois membros da Diretoria Executiva assumir novas obrigações em nome da empresa, em nome do restante do Colegiado.

47. Destaco, também, o fato de que a ANTT assinou o Contrato 33/2007 como interveniente. Contudo, os termos de entrega e recebimento não contaram com a assinatura ou qualquer outra manifestação daquela agência reguladora.

48. Quanto à alegação de que os termos de entrega foram ratificados por ocasião da assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007, concordo com o entendimento de que a convalidação de atos eivados de vício de forma e de competência não pode ser feita apenas com a inclusão de uma cláusula em um termo aditivo. A Lei 9.784/1999, em seu art. 50, define que os atos administrativos que importem convalidação devem ser motivados com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos e, como foi informado na instrução, não houve qualquer manifestação técnica ou jurídica sobre os vícios aqui mencionados, muito menos uma motivação completa e congruente para tanto. Além disso, é possível observar que o termo aditivo ratificou os termos de entrega e recebimento, sem fazer qualquer outra alteração no contrato original. Assim, o que se tem é um termo aditivo que ratificou disposição que não se coaduna com o contrato original.

49. Por ser latente a incongruência do Segundo Termo Aditivo com relação aos compromissos assumidos pela Valec nos termos de entrega e recebimento, não há como aceitar como regulares as multas aplicadas, ainda mais em razão das considerações a seguir aduzidas.

50. Como pode ser observado no Relatório precedente, a criação de novo fato gerador para a multa da Cláusula Vigésima do Contrato 33/2007, em documentos inábeis para tanto, não foi a única irregularidade identificada pela equipe de auditoria no Achado 3.1. Além do vício de forma e do vício de competência já expostos, as multas foram estabelecidas sobre método e base de cálculo desproporcionais e, ainda, em desobediência ao princípio da motivação.

51. Quanto à desproporcionalidade da multa, a FNS S.A. não foi capaz de descaracterizar a irregularidade. Apesar de ter dito em sua resposta que a multa “leva em conta quantos passivos ambientais não foram quitados pela Valec, bem como a respectiva gravidade de cada passivo”, tal alegação não foi comprovada. Na memória de cálculo das multas que já foram aplicadas à Valec (Peça peça 31), não há qualquer tipo de detalhamento que comprove tal afirmação. Nem mesmo encaminhou tais informações posteriormente.

52. A Valec, por sua vez, afirmou que a multa não é proporcional e que da forma como foi estipulada não é possível definir quais foram os lucros que a FNS S.A. deixou de auferir. As alegações da Estatal, na verdade, complementam as conclusões da unidade técnica, no sentido de que a multa foi definida sem obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

53. Constatou-se, ainda, que multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos também foram aplicadas em desobediência ao princípio da motivação. A inclusão da cláusula que estabeleceu a sanção foi uma proposta da própria FNS S.A., que não aceitou sugestão de mudança feita pela Superintendência de Governança Regulatória (Sureg). Outro fato relevante a ser destacado é que a “proposta de cláusula” feita pela FNS S.A. é exatamente a mesma constante da versão final do termo aditivo (Peça 46, p. 4), ou seja, a multa foi estabelecida da forma como quis a subconcessionária.

54. Consta dos autos que até houve manifestação da área jurídica da Valec, Asjur, em relação à multa. O órgão jurídico afirmou que essa cláusula possuía caráter nitidamente negocial e fez

- comentário sobre a metodologia de cálculo da multa, concordando com a manifestação da Sureg.
55. Segundo a unidade jurídica da Valec, a metodologia da forma como havia sido proposta pela FNS S.A. penalizaria a Valec “com base em parâmetro irreal, o que significa dizer abusivo”, podendo resultar em enriquecimento ilícito. Por esse motivo, a Asjur propôs redação diferente para a cláusula. Mesmo assim, com pareceres contrários à redação proposta pela subconcessionária, a cláusula de multa incluída no documento assinado pela Valec foi aquela originalmente proposta pela FNS S.A.
56. Cabe ressaltar, por relevante, que não consta dos autos qualquer manifestação das instâncias superiores da Estatal discordando das sugestões propostas pelas áreas técnica e jurídica da empresa.
57. Não há dúvida, portanto, de que o ato de assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007 se deu sem observância ao princípio da motivação. Para este último documento, a inobservância é ainda mais crítica, tendo em vista a existência de argumentos que discordavam da versão final do termo e que não foram motivadamente rejeitados.
58. Nesse aspecto, a Lei 9.784/1999 é clara ao dispor, em seu art. 50, inciso II, que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções. Segundo este normativo, a motivação deve ser explícita, clara e congruente. No caso em análise, ficou clara a ausência de motivação para o ato de assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007. Assim, a Valec está sujeita a uma sanção cuja existência no mundo jurídico se deu sem que houvesse motivação expressa.
59. Em razão desses elementos, manifesto minha concordância com o entendimento de que estamos diante de multas definidas em documentos que não são hábeis para criarem novo fato gerador, sem alteração do Contrato 33/2007, em descumprimento ao princípio da legalidade e com vícios de forma e de competência que não foram convalidados. As sanções também não foram calculadas a partir de metodologias minimamente razoáveis e proporcionais, além de estabelecidas em desobediência ao princípio da motivação.
60. Ante o exposto e considerando que os atos que geraram tais multas estão eivados de vícios insanáveis, concordo com a proposta de fixação do prazo de 15 (quinze) dias, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (art. 37 da CF/1988).
61. No que tange às multas que vêm sendo cobradas da Valec pela FNS S.A. por atraso na entrega de trechos, depreendo que, de fato, não estão de acordo com o Contrato 33/2007. Tem-se que a finalidade desta multa seria compensar financeiramente a subconcessionária em virtude de lucros que deixaria de auferir em razão de possível morosidade da subconcedente na entrega dos trechos de ferrovia.
62. Entretanto, os prazos definidos no Contrato 33/2007 para a entrega de cada trecho eram os seguintes: i) Trecho I-A: não há definição contratual; ii) Trecho II: 31/12/2008 (“até dezembro de 2008”), com tolerância de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, 30/4/2009, iii) Trecho III: 31/12/2009 (“até dezembro de 2009”), com tolerância de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, 1º/5/2010.
63. Os prazos em que os trechos foram efetivamente entregues são aqueles constantes dos termos de entrega e recebimento para os trechos I-A e II e aquele constante do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007 para o trecho III, quais sejam: i) Trecho I-A: termo de entrega e recebimento assinado em 30/10/2009 (Peça 32, p. 5), ii) Trecho II: termo de entrega e recebimento assinado em 29/12/2009 (Peça 39, p. 5), iii) Trecho III: Segundo Termo Aditivo assinado em 10/12/2010 (Peça 46, p. 8), portanto, por parte da Valec, para o fim de aplicação da multa, estão definidos na Tabela 2 da Peça 164.

64. No entanto, a subconcessionária informou que o “Contrato de Subconcessão foi assinado levando-se em conta que os trechos estariam 100% operacionais, mas foram entregues inacabados e com capacidade altamente reduzida, o que, inclusive, teria impactado o equilíbrio econômico-financeiro da subconcessão”. A empresa apresentou na sua defesa dispositivos doutrinários para reforçar a necessidade de se manter a equação econômico-financeira dos contratos administrativos e, na sequência, reforçou que os valores das multas que foram aplicadas à Valec por atraso na entrega de trechos foram os seguintes: (Peça 92, p. 2-4):

a) Trecho I-A: “a multa por atraso incide desde a assinatura do contrato e não é interrompida pela simples entrega do trecho, disponibilizado ainda com pendências, tais como passivos ambientais e imperfeições na construção; o atraso, portanto, é de 2.172 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 114.492.890,00.

b) Trecho II: “a multa neste caso deve ser contada a partir da data prevista para entrega somada ao prazo de carência (120 dias). Assim como no trecho I-A, não é interrompida pela entrega do trecho com pendências. O atraso, portanto, é de 1.675 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 96.563.742,00.

c) Trecho III: “a multa neste caso deve ser contada a partir da data prevista para entrega, somada ao prazo de carência (120 dias). Assim, como no trecho I-A, não é interrompida pela entrega do trecho com pendências. O atraso, portanto, é de 1.675 dias”. Valor da multa aplicada: R\$ 96.563.742,00.

65. É certo que a cláusula do contrato é clara ao estabelecer que a multa diária seria aplicada, no caso de atraso na entrega dos trechos e/ou polos de carga, quando os prazos e condições definidos nos parágrafos 1º, 2º e 3º do item 10.1 não fossem cumpridos. Entretanto, no caso concreto, a incorreção diz respeito à definição dos dias de atraso na entrega dos trechos que sujeitaram a Valec à multa da Cláusula Vigésima, cuja aplicação está nitidamente em desacordo com o Contrato 33/2007.

66. Além disso, a existência do termo de entrega e recebimento embora contestado em razão da sua legitimidade para o estabelecimento de novas sanções, conforme explicitado no item I.1 da instrução transcrita no Relatório precedente, não os torna, por consequência, inábeis para o fim de formalizar a entrega e o recebimento.

67. Essa formalização é o pressuposto que afasta o argumento para aplicação de multa em função de não entrega dos trechos. Desse modo, não cabe razão à FNS S.A. ao afirmar que a simples entrega dos trechos não seria suficiente para obstar a cobrança de multa. Não existe dispositivo algum do Contrato 33/2007 que estabeleça condicionante para que a entrega seja considerada ou não, a depender do caso, como termo final para a aplicação da sanção. O contrato apenas diz que a Valec será multada em caso de atraso na entrega do trecho, que foi formalizada, nos casos dos trechos I-A e II, com a assinatura dos termos, e no caso do trecho III, com a assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007.

68. Concordo com a unidade técnica quando assegura que a entrega não deixa de existir pelo fato de os trechos estarem em condições diversas das previstas no edital e no contrato. Os termos de entrega e recebimento e o termo aditivo são os instrumentos que formalizaram a entrega dos trechos, as inadequações deveriam estar ali relatadas para fins de aferição, se as inadequações seriam decisivas para ensejar a não aceitação do cumprimento contratual. Caso a subconcessionária entendesse que o trecho não estava em condições operacionais para recebimento, não deveria sequer ter assinado o termo que comprova tal recebimento.

69. Havendo a formalização da entrega dos trechos I-A, II e III, inclusive com a citação de que os trens poderiam circular em todos os três trechos, não existe fundamento para a aplicação da multa por atraso na entrega de trecho naquele momento.

70. Não é possível identificar quais foram as razões que fizeram com que a subconcessionária considerasse que o trecho I-A estaria com 2.172 dias de atraso na entrega, sem a definição no contrato do prazo máximo para entrega desse trecho. Falta diretriz para a aplicar a sanção. Não há termo a partir do qual se caracteriza o atraso.

71. Como pode ser verificado no Relatório precedente, de acordo com a FNS S.A., para o trecho II, o atraso seria de 1.675 dias. Porém, a Tabela 2 da instrução mostra que o termo de entrega e recebimento foi assinado em 29/12/2009 e o prazo máximo para entrega, incluído o prazo de tolerância, seria na data de 30/4/2009. A diferença entre as duas datas totalizaria 243 dias de atraso, total que em muito difere daquele considerado pela subconcessionária.

72. Já para o trecho III, segundo a FNS S.A., o atraso seria de 1.675 dias. Na Tabela 2 da instrução de Peça 164, todavia, vê-se que o Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007 foi assinado em 10/12/2010 e o prazo máximo para entrega do trecho, incluído o prazo de tolerância, seria em 1º/5/2010. A diferença entre o prazo máximo para entrega e a data da formalização da entrega, portanto, é de 223 dias, valor também dispar em relação ao informado pela FNS S.A.

73. Tanto para o trecho II quanto para o trecho III, a FNS S.A. afirmou que a aplicação da multa da Cláusula Vigésima do Contrato 33/2007 “não é interrompida pela entrega do trecho com pendências”. Entretanto, como demonstrado pela unidade técnica, não há qualquer cláusula relacionada a essa sanção que informe como deve ser feita a aludida “entrega”. Se for considerada a literalidade do contrato, a multa em questão só poderia ser aplicada à Valec caso houvesse “atraso na entrega de trechos”. Considerando que os trechos foram formalmente entregues, não há que se falar em atraso a partir do momento em que a subconcessionária formalizou tal feito nos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II e, no Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/2007, para o trecho III. (Peça 92, p. 3-4).

74. Assim, concordo com o entendimento no sentido de que a Valec deve se abster de quitar a multa a ela aplicada até que haja definição precisa sobre os dias em que ela incorreu em atraso.

75. Outra questão levantada pela unidade técnica, diz respeito à imprecisão na aplicação da multa com relação ao seu montante.

76. A FNS S.A. alega que “o Contrato de Subconcessão foi assinado levando-se em conta que os trechos estariam 100% operacionais”. Assim, mesmo que entregues, se os trechos estiverem inacabados e com capacidade altamente reduzida, acredita que haveria impacto no equilíbrio econômico-financeiro da subconcessão. Desse modo, entende que a Valec deve ser apenada com a multa da Cláusula Vigésima do Contrato 33/2007.

77. Ante esse argumento de defesa, a Seinfra ponderou que, ainda que o fato gerador da multa seja o “atraso na entrega”, entende ser necessário fazer uma abordagem sobre a natureza dessa sanção e a sua finalidade na relação contratual. Assim, considerou que o objetivo da multa prevista na Cláusula Vigésima do Contrato 33/2007 é o de indenizar a subconcessionária por lucros que ela deixou de auferir por atraso na entrega de cada trecho. Portanto, o valor da multa seria definido com base em percentual da receita diária (ou “lucro estimado”) que seria arrecadada pela subconcessionária, mas que não o foi por atraso na entrega do trecho por parte da subconcedente.

78. Considerando o percentual da “receita diária esperada”, as “metas de produção” e o “produto médio adotado no estudo operacional”, nos termos da Cláusula Vigésima, entende que, para que a multa fosse aplicada em seu valor máximo, o trecho não deveria ter sido entregue e a subconcessionária não deveria ter auferido lucro algum. Nessa situação, a multa seria aplicada em seu valor “cheio”.

79. **Contrario sensu**, afirma que, caso a ferrovia tenha sido entregue com alguma condição de operação e a subconcessionária auferiu algum tipo de lucro, este lucro não deve ser indenizado (afinal, a finalidade da multa é a de indenizar a subconcessionária por lucros que ela deixou de obter).

80. Com esse raciocínio, demonstra a incongruência da situação trazida pela FNS S.A. Ao mesmo tempo que assegura que não houve a entrega dos trechos e aplica multa por atraso, opera todos os trechos que supostamente não foram entregues, como revelam os gráficos constantes da Figura 1, à Peça 55. O nível de produção alcançado pela FNS S.A. nos trechos considerados revela a obtenção de resultados operacionais nos mesmos anos em que a multa por lucro cessante/estimado vem sendo cobrada.

81. Concordo com o raciocínio desenvolvido pela unidade técnica. A imprecisão das cláusulas contratuais facilitou o desenvolvimento das mais absurdas justificativas para aplicação de sanção à Valec pela não entrega de trechos da ferrovia que estão, declaradamente, sendo operados pela subconcessionária e auferindo receitas.

82. De fato, se os trechos estão operacionais, ainda que parcialmente, e a multa em questão tem por finalidade principal compensar prejuízos operacionais, tais bases de cálculo não podem ser aplicadas sobre esses trechos, visto que o lucro e a receita já foram auferidos com sua exploração comercial, chegando a ultrapassar os quantitativos acordados (meta de produção), nos anos de 2009 e 2011, conforme mostra o gráfico.

83. Concordo, também, com o entendimento de que, se o lucro operacional auferido pela subconcessionária ficou aquém do estimado e se isso ocorreu pelo fato de ela não haver atingido a meta de produção prevista contratualmente, tal ocorrência consiste em descumprimento da avença por parte da FNS S.A. e, na hipótese de a subconcessionária haver dado causa à redução operacional, é passível de aplicação de multa pela ANTT. Se, por outro lado, a Valec tiver contribuído para a diminuição da operacionalidade da via, há espaço, certamente, para compensação financeira em favor da subconcessionária, situação que deve ser verificada pela Agência.

84. Por fim, quanto às multas que vêm sendo cobradas da Valec pela subconcessionária por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos, há indícios suficientes nos autos para se afirmar que foram definidas em instrumentos que não são hábeis para tanto, determinadas com supedâneo em método e base de cálculo desproporcionais e sem observância ao princípio da motivação.

85. Quanto a esse ponto, a unidade técnica faz um comentário oportuno. Passivos ambientais e construtivos só podem ser identificados por ocasião da entrega de uma obra quando é verificando **in loco** a existência do passivo. Sem receber a obra, não pode a parte afirmar que há qualquer passivo, pelo simples fato de a obra ainda não ter sido entregue.

86. Há informação nos autos de que, em alguns dos dias de execução do contrato, a subconcessionária aplicou a multa compensatória pelo trecho não entregue e, simultaneamente, aplicou a multa pela existência de passivos não resolvidos. Tal situação reforça ainda mais o entendimento de que houve cobrança indevida de multa, conforme tratado nos tópicos I.1, I.2 e I.3 da instrução de Peça 164.

87. As multas que foram aplicadas à Valec por atraso na entrega dos trechos foram calculadas sem qualquer clareza e sem obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não obstante, diferentemente das multas por atraso na resolução de passivos ambientais e construtivos, as multas por atraso na entrega dos trechos possuem previsão contratual e, a depender dos dias de atraso da Valec, devem sim ser aplicadas. Não há, porém, qualquer clareza ou proporcionalidade no atual cálculo dos valores dessa sanção.

88. Por esse motivo, acolho a proposta no sentido de que a Valec se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos até que a subconcessionária encaminhe memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os valores utilizados para a definição do montante devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória de cálculo.

89. Além disso, considerando a relevância dos valores envolvidos, entendo adequado que seja determinado à Valec que encaminhe, em até 30 (trinta) dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.

IV - Dos descumprimentos contratuais da subconcessão

90. Quanto à informação de que diversas obrigações contratuais foram descumpridas pela subconcessionária FNS S.A. e que não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir o integral cumprimento do Contrato 33/2007 (Achado 3.2 - Título II, itens 213 a 287 da Instrução à Peça 164 – i - não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que os investimentos

de responsabilidade da FNS S.A. previstos no Contrato 33/07 fossem realizados; ii - não foram adotadas medidas administrativas eficazes para garantir que as metas de produção e de segurança previstas no Contrato 33/07 fossem alcançadas), faço as considerações a seguir.

91. A Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/2007 trata das obrigações da subconcessionária, definindo que a FNS S.A. deveria realizar investimentos em material rodante, via permanente, sistema de telecomunicação, controle e licenciamento, construção de oficina e de prédio administrativo, trem de socorro, entre outros. Todavia, foi detectado pela equipe de auditoria que alguns desses investimentos não estavam sendo realizados na integralidade.

92. No âmbito de outra fiscalização realizada SeinfraPortoFerrovia, a Valec já havia se manifestado com relação a tais descumprimentos. No Memorando 104/DIROP (Peça 50), a Diretoria de Operações da Valec relacionou diversos compromissos que a FNS S.A. deixou de honrar em relação ao contrato supracitado.

93. Segundo a Valec (Peça 50, p. 3-4), a FNS S.A. não havia implantado sistemas de licenciamento de trens; havia ampliado e implantado apenas parcialmente desvios de cruzamento; não havia construído prédio administrativo, residências de via e oficinas de manutenção; havia adquirido apenas parcialmente o material rodante no serviço interno e não havia adquirido guindaste de socorro e de equipamentos de via.

94. A Valec ressaltou (Peça 50, p. 5) que a subconcessionária, à época, utilizava “o prédio da Ferrovia Centro-Atlântica em Belo Horizonte para abrigar parte de seu corpo administrativo e o Centro de Controle Operacional, além de utilizar guindastes de socorro da Ferrovia Carajás”, ambas vinculadas ao mesmo grupo econômico que a subconcessionária FNS S.A.

95. Tais investimentos foram relacionados como obrigações da subconcessionária nos §§1º e 2º do item 11.1 da Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/2007 (“Atividades de Construção e Implantação” e “Atividades de Manutenção da Via Permanente e dos Sistemas”). Os descumprimentos de tais dispositivos representavam, em valores atualizados à época, o montante de R\$ 160 milhões que não foram investidos pela FNS S.A. na área de infraestrutura (Peça 50, p. 5).

96. Todavia, segundo a Valec, os investimentos que deixaram de ser realizados não se limitaram à área de infraestrutura da ferrovia. A estatal destacou (Peça 50, p. 5-6) que apenas parte da frota comercial de locomotivas e da frota comercial de vagões havia sido adquirida e que não haviam sido realizados os investimentos relacionados aos postos de revisão de locomotivas, de abastecimento, de revisão de vagões e ao dormitório de equipagens de locomotiva. A obrigação de realizar tais investimentos está incluída no § 3º do item 11.1 da Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/2007 (“Atividades de Operação”).

97. Foi relatado pela Valec à Peça 50, p. 9, que, somados todos os investimentos que deveriam ter sido feitos na área operacional, a FNS S.A. deixou de investir R\$ 607 milhões, em valores atualizados à época.

98. Embora a própria Valec tenha registrado que mesmo com o descumprimento das suas obrigações e com o não investimento de valores milionários, tanto na área de infraestrutura quanto na área operacional da ferrovia, tais descumprimentos não teriam trazido prejuízo para a operação do trecho subconcedido e para a circulação de mercadorias, pois a FNS S.A. utilizava-se de instalações e equipamentos de empresas vinculadas ao mesmo grupo econômico.

99. Entretanto, é de se ressaltar que, conforme afirmou a própria Valec, “a obrigação pelos investimentos previstos no contrato de subconcessão não visa apenas à realização dos serviços de transporte ao longo da vigência do contrato, dado que destinam-se, também, a constituição de um patrimônio de bens reversíveis capazes de assegurar a continuidade dos serviços nos mesmos níveis, tanto no caso da finalização do prazo contratual da concessão, como no caso de interrupção dos serviços públicos contratados”.

100. A situação encontrada pela equipe de auditoria foi a de que a FNS S.A. estava se utilizando de instalações, equipamentos, material rodante e sistemas alugados ou de propriedade de clientes ou de empresas de seu grupo econômico. Assim, entende a unidade técnica que não se pode considerar que

os bens e serviços de propriedade delas estão à disposição da Administração em qualquer das hipóteses de extinção do contrato ou caso haja interrupção dos serviços públicos subconcedidos.

101. Há que ser considerado, também, o momento avençado para a realização do investimento, conforme bem detalhado no achado 3.2, da instrução transcrita no Relatório precedente, que concluiu que, como os valores do negócio e da outorga, por conseguinte, são determinados em função do valor presente de uma série temporal de valores, o diferimento de qualquer dos valores de investimento envolvidos na modelagem econômico-financeira da concessão por parte da Concessionária, ou da subconcessionária, diminui o valor presente dos investimentos feitos **a posteriori** e tem como efeito direto o desequilíbrio da modelagem da concessão em favor da subconcessionária, que restará na posse e no gozo de negócio mais valioso, sem que tenha quitado integralmente o preço inicial da outorga, resultante da adição do valor ofertado (aproximadamente R\$ 1,4 bilhão) com o valor presente dos investimentos.

102. Manifesto minha concordância com esse entendimento. Ao deixar de efetivar diversos investimentos, a FNS S.A. incorreu, sim, em desobediência ao princípio da continuidade da prestação do serviço público, como também há a possibilidade de ter causado um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato em seu favor.

103. Uma vez que, ouvidas a Valec, em razão de não ter adotado, até momento da fiscalização, as providências necessárias à garantia do integral cumprimento do Contrato de Subconcessão, e a FNS S.A. quanto aos pontos apurados, sendo que as justificativas apresentadas não foram consideradas suficientes para afastar as irregularidades, a unidade técnica concluiu que, apesar de a Valec ter informado a realização de fiscalizações periódicas na subconcessão e de que propôs à ANTT a aplicação de sanções à FNS S.A., as medidas não foram capazes de garantir que os investimentos previstos no contrato fossem realizados.

104. Assim, acolho a proposta da SeinfraPortoFerrovia no sentido de determinar à Valec que, em 30 (trinta) dias, indique, motivadamente, quais as obras, equipamentos, serviços são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com o contrato e com as negociações com a ANTT e, complementarmente, elabore e apresente a esta Corte, em 60 (sessenta) dias, plano de ação que contenha as providências necessárias para que, como gestora do Contrato de Subconcessão, efetive-se a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A, das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/2007.

105. No que tange às medidas administrativas que deveriam ser adotadas para garantir que as metas de produção e de segurança previstas no Contrato 33/2007 fossem alcançadas, o Relatório registra que a ANTT reconhece que houve o seu descumprimento de metas de produção e de metas de segurança. A FNS S.A., em sua resposta à oitiva, não descaracterizou tais descumprimentos, inclusive assumindo que um processo administrativo não foi instaurado por estar em andamento o processo de revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011.

106. Em pesquisa ao sítio da ANTT, constatei que revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011 ainda não foi concluída. Assim, por entender que tal revisão é fundamental, já que o Contrato 33/2007 define, em seu tópico 20.2, que a inadimplência reiterada no cumprimento das metas pactuadas, decorrente de negligência constatada pela Valec ou pela ANTT, pode ensejar até mesmo a abertura de processo de caducidade da subconcessão, depreendo de extrema importância que a ANTT conclua os procedimentos para atualização da mencionada norma. Assim, entendo que deve ser expedida determinação à ANTT que apresente ao TCU plano de ação, no prazo de 30 (trinta) dias, com medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionadas às metas de desempenho, bem como que encaminhe, oportunamente, a este Tribunal, a referida resolução, em sua versão final.

107. Por fim, não posso deixar de trazer para as considerações finais a informação constante no Relatório de Auditoria de que o montante de multas contratuais em desfavor da Valec, segundo a FNS S.A., ultrapassa R\$ 500 milhões, em valores com data-base de novembro/2013 (Peça 31). Se for

considerado que tais multas vêm sendo calculadas desde 2007 e que o contrato possui vigência de 30 anos, fica exposta a desproporcionalidade da atual situação.

108. A unidade técnica chama a atenção, também, para o fato de a Valec dever mais de R\$ 500 milhões à subconcessionária depois de apenas 7 (sete) anos de execução contratual, sendo ainda mais grave essa constatação se for comparado esse montante ao valor de outorga a ser pago pela FNS S.A., de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão. Ou seja, apenas com as multas aplicadas até novembro/2013, a subconcessionária já disporia de um terço dos recursos pagos por ela pelo total da outorga, sem considerar a atualização monetária.

Com essas considerações, manifesto minha concordância com as demais medidas propostas pela unidade técnica no item 288 do Relatório precedente e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de fevereiro de 2019.

AROLDO CEDRAZ

Relator

ACÓRDÃO Nº 322/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 014.907/2015-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessados: Ferrovia Norte Sul S.A. - FNS (CNPJ 09.257.877/0001-37) e Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (CNPJ 37.115.342/0001-67).
 - 3.2. Responsáveis: Bernardo José Figueiredo Gonçalves de Oliveira (CPF 066.814.761-04), Francisco Elísio Lacerda (CPF 036.082.658-05); José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34) e Luiz Carlos Oliveira Machado (CPF 222.706.987-20).
4. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres e Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal:
 - 8.1. Luciano Bandeira Campos, representando Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.
 - 8.2. Gustavo Toniol Raguzzoni e outros, representando Bernardo José Figueiredo Gonçalves de Oliveira.
 - 8.3. Marcos Vinícius Bruzaca de Alencar e outros, representando Ferrovia Norte Sul S.A - FNS.
 - 8.4. Débora Goelzer Fraga e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).
 - 8.5. Leonardo Lacerda Jube (26903/OAB-GO) e outros, representando Francisco Elísio Lacerda.
 - 8.6. Cleuler Barbosa das Neves (17137/OAB-GO), representando José Francisco das Neves.
 - 8.7. Silvia Regina Schmitt (58372/OAB-RS) e outros, representando Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Auditoria de Conformidade, prevista no art. 239, inciso I, do Regimento Interno do TCU, realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e na Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec), em cumprimento ao Despacho do Ministro Augusto Nardes, de 17/6/2015 (peça 3 do TC 011.566/2015-9), com o objetivo de avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos seguintes atos, atinentes à subconcessão de trecho da ferrovia EF-151, concedido pela União à Valec e, mais tarde, subconcedido à Ferrovia Norte Sul S.A. (FNS S.A.), empresa controlada pela holding de logística Valor da Logística Integrada (VLI): indenizações por passivos ambientais; multas aplicadas à Valec por descumprimento do Contrato de Subconcessão 33/07; e cumprimento das obrigações da FNS S.A., além de outras questões relacionadas;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. fixar prazo de até 15 (quinze) dias, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, para que a Valec adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o item 2.2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho I-A da Ferrovia Norte Sul, o item 2.7 do termo de entrega e recebimento do trecho II da Ferrovia Norte Sul e o item 2.4 do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07, em razão do descumprimento do princípio da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) e do princípio da motivação (art. 50, inciso II e §1º, da Lei 9.784/1999);

9.2. determinar à Valec, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU:

9.2.1. que se abstenha de pagar os valores entendidos pela FNS S.A. como devidos em decorrência do atraso na entrega dos trechos da Ferrovia Norte Sul até que a subconcessionária encaminhe memória de cálculo detalhada e que contenha, de forma justificada, todos os valores utilizados para a definição do valor devido e até que a Valec formalize sua concordância com tal memória de cálculo;

9.2.2. que encaminhe, em até 30 (trinta) dias após sua formalização de concordância, documento que contenha registro das análises efetuadas e que comprove a validade e a adequação da memória de cálculo apresentada pela FNS S.A.;

9.2.3. que, em 30 (trinta) dias, indique, motivadamente, quais as obras, equipamentos, serviços, etc. são necessários para o pleno atendimento, ano a ano e desde o início da subconcessão, das metas de produção e segurança em conformidade com o Contrato 33/07 e com as negociações com a ANTT;

9.2.4. que apresente plano de ação, no prazo de 60 (sessenta) dias, que contenha as providências necessárias para que, como gestora do contrato de subconcessão, efetive-se a recomposição do patrimônio reversível da subconcessão em relação ao descumprimento, pela FNS S.A, das obrigações elencadas na Cláusula Décima Primeira do Contrato 33/2007;

9.3. determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que apresente plano de ação, no prazo de 30 (trinta) dias, dotado das medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionada às metas de desempenho, bem como que encaminhe, oportunamente, a este Tribunal, a referida resolução, em sua versão final;

9.4. determinar à SeinfraPortoFerrovia que instaure processo apartado para avaliar as informações encaminhadas em decorrência do item 9.2.3 e, neste mesmo processo, verifique a atuação da Valec e da ANTT na possível omissão na aplicação de sanções, em face do descumprimento de metas de produção e segurança, bem como da possível ausência do integral cumprimento do contrato de subconcessão, notadamente das obrigações constantes da cláusula Décima Primeira do contrato 33/2007.

9.5. recomendar à ANTT, com fundamento art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que verifique a ocorrência de eventuais atrasos na realização de obras, aquisição de equipamentos, realização de serviços etc., bem como descumprimento de metas de produção e de segurança, com relação ao originalmente pactuado em outros contratos de concessão/subconcessão do setor ferroviário, considerando a situação identificada no Contrato 33/2007;

9.6. que seja autorizada, com fundamento no art. 250, inciso V, § 6º, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 43 da Resolução-TCU 259/2014, a autuação de processo apartado para apurar as responsabilidades pelas irregularidades na assinatura dos termos de entrega e recebimento dos trechos I-A e II da Ferrovia Norte Sul e do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 33/07;

9.7. dar ciência deste acórdão à ANTT, à Valec e à FNS S.A.;

9.8. arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal.

10. Ata nº 5/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 20/2/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0322-05/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral